Der Begriff des Gemeinwohls in der Arbeitszeitregelung

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Schlesischen Friedrich Wilhelms-Universität
zu Breslau

vorgelegt von

Karl Schur

Referendar

1931

Druck: L. Heege, Schweidnitz in Schlesien

Gedruckt mit Genehmigung der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau.

Berichterstatter:
Professor Dr. jur. und Dr. phil. Eugen Rosenstock-Hüssy.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis.

Vorwort 1

I. Der Ideengehalt der Arbeitszeitverordnung, insbesondere: der herrenrechtliche Arbeitstag (1), der sozialrechtliche Arbeitstag (2), der betriebswirtschaftliche Arbeitstag (3), Anhörung des Betriebsrates und Verweisung auf Betriebsübung (4), der gemeinnützige Arbeitstag (5) 5

II. Gemeinwohl als Staatszweck (1) und abgeleitete Rechtsquelle (2) 21

III. Der Inhalt des Gemeinwohlbegriffes, insbesondere seine Bestandteile „Wohl" (1) und „(All)gemeinheit" (2) . . 30

IV. Die Begründung der Mehrarbeitspflicht auf Grund des Gemeinwohles nach „Treu und Glauben" (1), als „Enteignung von Arbeit" (2), „Arbeitsdienstpflicht" (3), „korrigierter Vertrag" (4) und aus dem Gesichtspunkte der Gesamtwirtschaft (5) 38

V. Zwang (1), Opfer (2) oder Pflicht (3)? 46

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543104_0133

Literatur.

Anschütz: Der Ersatzanspruch aus Vermögensbeschädigungen durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt. Verwaltungsarchiv, Bd. 5, S. 1.

Anschütz: Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. 8. 1919. Berlin 1928.

Aufbau der Gemeinwirtschaft, Der: Denkschrift des Reichswirtschaftsministeriums vom 7. Mai 1919. Diederichs, Deutsche gemeinwirtschaftliche Schriftenreihe, Heft 9.

Bebel: Die Frau und der Sozialismus. 34. Auflage. 1903.

Brauer: Der Produktionsfaktor Arbeit im Wirtschafts- und Gesellschaftsleben der Gegenwart und Zukunft. Deutsche Richterzeitung, 1930, S. 309.

Calwer: Gebundene Planwirtschaft. Eine Antwort auf die Denkschrift des Reichswirtschaftsministeriums. Zeitfragenverlag, 1919.

Conrad-Hesse: Grundriß der politischen Ökonomie. Jena, 1923.

Cunow, Heinrich: Die Marx'sche Geschichts-, Gesellschafts- und Staatstheorie. Vorwärts 1920.

Curtius: Bericht über die Wirkung der Verordnung vom 2. November 1923 und die bisherige Tätigkeit des Kartellgerichts. Verhandlungen des Reichstags. III. Wahlperiode. 1924.

Darmstädter: Das Wirtschaftsrecht in seiner soziologischen Struktur. Rothschild, 1923.

Diehl, Karl: Arbeitsintensität und Achtstundentag. Jena 1923.

Drews: Preußisches Polizeirecht. Allgem. Teil. Carl Heyermann, 1927.

Eheberg, Carl Theodor von: Grundriß der Finanzwissenschaft. Leipzig 1925.

Ehrenberg, Viktor: Freiheit und Zwang auf dem Gebiete des Verkehrsrechtes. Festrede zur akademischen Preisverteilung am 7. Juni 1905. Göttingen.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Marburg 1926.

Entwurf eines Arbeitsschutzgesetzes mit amtlicher Begründung. Herausgegeben von der Reichsarbeitsverwaltung. 37. Sonderheft zum Reichsarbeitsblatt. Berlin 1926.

Erdmann, Gerhard: Die Verordnung über die Arbeitszeit. Otto Elsner Verlagsgesellschaft m. b. H. 1927.

Fleischmann, Max: Die Entschädigung der öffentlichen Betriebsunternehmungen bei polizeilich verfügter Straßensperrung. Eisenbahnrechtl. Entsch. u. Abhandl. Bd. 20, S. 374.

Frank, Reinhard von: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Mohr, Tübingen 1925.

Glungler, Wilhelm: Rechtsschöpfung und Rechtsgestaltung. 3. Aufl. 1930. München, Maidl.

Goldbaum-Wenzel: Kartellrecht und Kartellgericht. Stilke, Berlin 1926.

Gothein, Georg: Planwirtschaft, Flugschrift. Mosse 1919.

Groh, Wilhelm: Deutsches Arbeitsrecht. Ferdinand Hirth, 1924.

Güthe-Schlegelberger: Kriegsbuch. Die Kriegsgesetze mit der gesamten Rechtsprechung und Rechtslehre, Berlin. Franz Vahlen.

Häberlin: Die Lehre von der Zwangsenteignung oder Expropriation historisch und dogmatisch erörtert. Arch. ziv. Prax. 39. Bd. 1856.

Hachenburg, Max: Kommentar zum G.m.b.H.-Gesetz, de Gruyter & Co., 1927.

Hatschek, Julius: Deutsches und preußisches Verwaltungsrecht. Deichert. Leipzig 1927.

Hedemann: Einführung in die Rechtswissenschaft. de Gruyter & Co. 2. erw. Aufl. 1927.

Hegel: Grundlinien der Philosophie des Rechts. Philos. Bibliothek, Bd. 24. Leipzig 1911 bei Meiner.

Heidelberger Programm, Das: J. H. W. Dietz Nachflg. G. m. b. H. Berlin SW 68.

Hellpach-Lang: Gruppenfabrikation, sozialpsychologische Forschungen des Instituts für Sozialpsychologie an der Technischen Hochschule Karlsruhe, 1. Bd. Springer, Berlin 1922.

Hellpach: Geschichte der Arbeit. In Riedels Arbeitskunde. Teubner. 1928.

Herkner: Arbeitszeit im Handwörterbuch der Staatswissenschaften. (Jena 1923.) Bd. 1, S. 889.

Holtzendorff: Die Umgestaltung der Staatsanwaltschaft vom Standpunkte unabhängiger Strafjustiz. Berlin 1865.

Hueck-Nipperdey: Lehrbuch des Arbeitsrechts. Benzheimer, 1928.
Hummel: Die Arbeitszeit in Riedels Arbeitskunde, 1925.
Hupperschwiller: Der Begriff des „öffentlichen Interesses" im § 376 StPO. DRZ. 1930, S. 93.
Jacobi: Grundlehren des Arbeitsrechts. Leipzig 1927.
Jäkel, Gerhard: Die gesetzliche Regelung der Arbeitszeit. Berlin 1926.
Jellinek, Walter: Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung. Tübingen 1913.
Jellinek, Walter: Verwaltungsrecht. Enzyklopädie. Springer, Berlin 1928.
Ihering, Rudolf von: Der Zweck im Recht. Breitkopf und Härtel, 1884.
Isay, Hermann: Rechtsnorm und Entscheidung. Berlin 1929.
Isay-Tschiersky: Kommentar zur Kartellverordnung. Mannheim, Berlin und Leipzig 1925.
Kaskel: Arbeitsrecht. Enzyklopädie. Berlin 1928.
Kelsen: Allgemeine Staatslehre. Enzyklopädie Springer. Berlin 1923.
Klehmet, Gerhard: Arbeitszeitrecht. Verordnung über die Arbeitszeit. Berlin 1923/24.
Kleeberg, Erich: § 75. Einleitung zum ALR. und die Rechtsprechung des Reichsgerichts. Diss. Leipzig 1909.
Krückmann, Paul: Enteignung und Einziehung nach alter und neuer Reichsverfassung. Berlin 1925.
Landmann: Kommentar zur Gewerbeordnung. Beck, München 1928.
Laun, Rudolf von: Das freie Ermessen und seine Grenzen. Leipzig und Wien 1910.
Laun, Rudolf von: Kategorische und disjunktive Normen. Arch. des öffentlichen Rechts, Bd. 34. 1915.
Laun, Rudolf von: Polizeigewalt, öffentliches Interesse und Rechtskontrolle nach Hamburgischem Recht. Ein Rechtsgutachten aus Anlaß eines polizeilichen Verbotes der Wahrsagerei. Hanseatische Gerichtszeitung 1922. Beiblatt zu Nr. 21/22.
Layer, Max von: Prinzipien des Enteignungsrechtes. Leipzig 1902.
Lehnisch-Fischer: Das Kartellgesetz. Kommentar. Berlin 1924.
Lenin: Die nächsten Aufgaben der Sowjetmacht. Aktion. Berlin-Wilmersdorf 1919.

Leuthold: Öffentliches Interesse und öffentliche Klage im Verwaltungsrecht. Hirths Annalen des Deutschen Reiches 1884, S. 321.

Lipmann, Otto: Das Arbeitszeitproblem. Berlin, Institut für angewandte Psychologie. Schriftenreihe, 26. 1924.

Mamroth: Gewerblicher Konstitutionalismus. Jena 1911.

Mautner: Der Bolschewismus. Kohlhammer 1920.

Meyer: Das Recht der Expropriation. Leipzig 1868.

Meinecke, Friedrich: Die Idee der Staatsräson in der neueren Geschichte. R. Oldenbourg, 1924.

Michel, Martin: Das Gemeinwohl in der Arbeitszeitverordnung. Schriften des Instituts für Arbeitsrecht an der Universität Leipzig, 18. Heft. Berlin 1928.

Neumann: Das öffentliche Interesse mit Bezug auf das Gebühren- und Steuerwesen, die Expropriation und die Scheidung von Privat- und öffentlichem Recht. Hirths Annalen 1886, S. 357.

Nipperdey: Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag. 1920.

Oertmann, Paul: Der Arbeitslohn. Bücherei des Arbeitsrechts, Bd. 16. Berlin 1921.

Philippowitsch: Grundriß der politischen Ökonomie. Tübingen 1923.

Popper-Lynkeus: Die allgemeine Nährpflicht als Lösung der sozialen Frage. 1912.

Potthoff: Nährdienstgesetz, Arbeitsrecht. Jahrg. 7, S. 65.

Potthoff: Die sozialen Probleme des Betriebes. Industrieverlag, Späth und Linde. Berlin 1925.

Potthoff: Kommentar zur Arbeitszeitverordnung. Sieben-Stäbe-Verlag. Berlin 1927.

Radbruch: Grundzüge der Rechtsphilosophie. Quelle und Meyer. 1914.

Rathenau: Die neue Wirtschaft. Simon Fischer, Berlin 1918.

Rosenstock, Eugen: Der ewige Prozeß des Rechts gegen den Staat. Felix Meiner, Leipzig 1919.

Rosenstock, Eugen: Der Neubau der deutschen Rechtsgeschichte. In der Arbeitsgemeinschaft. Quelle und Meyer, Berlin 1920. S. 132 ff. und 172 ff.

Rosenstock, Eugen: Der Arbeitsnachweis in der deutschen Maschinenindustrie von Dipl.-Ing. Dr. rer. pol. E. W. Seyfert, in Werkstattechnik, 15. Jahrg., S. 76/77.

Rosenstock, Eugen: Die philosophischen Grundlagen des Arbeitsrechts, in JW. 1922, S. 560.

Rosenstock, Eugen: Werkstattaussiedlung. Untersuchung über den Lebensraum des Industriearbeiters in Verbindung mit Eugen May, Dreher und Dr. Grünberg in Stuttgart. Sozialpsychologische Forschungen des Instituts für Sozialpsychologie an der TH. Karlsruhe, 2. Bd. Springer, Berlin 1922.

Rosenstock, Eugen: Industrievolk. Volk im Werden. Schriftenreihe der Rhein-Mainischen Volkszeitung. Carolusdruckerei G. m. b. H. Frankfurt a. M. 2. Aufl. 1924.

Rosenstock, Eugen: Andragogik. Archiv f. Erwachsenenbildung. 1924.

Rosenstock, Eugen: Angewandte Seelenkunde. Eine programmatische Übersetzung. Bücher der deutschen Wirklichkeit. Roetherverlag, Darmstadt 1924.

Rosenstock, Eugen: Werkstattkommandite. Reichsarbeitsblatt 1925, nichtamtlicher Teil, S. 615 Nr. 38.

Rosenstock, Eugen: Soziologie I, Die Kräfte der Gemeinschaft. de Gruyter u. Co., 1925

Rosenstock, Eugen: Sozialpolitik und Arbeitsrecht. In Riedels Arbeitskunde. Teubner, Leipzig und Berlin 1925.

Rosenstock, Eugen u. **Werner Picht:** Im Kampf um die Erwachsenenbildung, 1912—1926. Schriften für Erwachsenenbildung I. Quelle und Meyer, 1926.

Rosenstock, Eugen: Lehrer oder Führer? Zur Polychronie des Menschen, in Kreatur, 1. Jahrg. Berlin 1926, S. 52.

Rosenstock, Eugen: Die Polychronie des Volkes. Ebenda, S. 409.

Rosenstock, Eugen: Vom Industrierecht. Rechtssystematische Fragen. Festgabe für Xaver Gretener, 1926.

Rosenstock, Eugen: Lebensarbeit in der Industrie und Aufgaben einer europäischen Arbeitsfront. Springer, Berlin 1926.

Rosenstock, Eugen: Psychotechnik. Das psychotechnische Vorgehen. Die Anschauung der Psychotechniker. Die Leistung der Psychotechnik. Hochland, 17. Jahrg., Seite 510 ff.

Rosenstock, Eugen: Unternehmer und Volksordnung. In dem Neuen Merkur, 7. Jahrg., 2. Bd., S. 997. Deutsche Verlagsanstalt Stuttgart.

Rosenstock, Eugen u. **Joseph Wittig:** Das Alter der Kirche, Kapitel und Akten. Lambert Schneider, Berlin. 3 Teile. 1928.

Rosenstock, Eugen: Die ungeschriebene Verfassung, eine Rede zum 11. August 1928. Akademischer Verlag Breslau.

Rosenstock, Eugen: Über einige neue Grundbegriffe des Privatrechts. Vortrag gehalten am 2. Oktober 1929 zu Budapest. Festschrift für Ernst Heymann. 1931.

Rousseau: Du contrat social. Les rêveries d'un promeneur solitaire. Ed. Mignot, Paris.

Sauer, Wilhelm: Grundlagen des Prozeßrechts. Enke 1929.

Schmitt, Carl: Verfassungslehre. München und Leipzig 1928.

Schmitt, Carl: Hugo Preuß in der deutschen Staatslehre, Die Neue Rundschau. S. Fischer, Berlin und Leipzig 1930, S. 289.

Schott, Richard: Der Mensch und die Arbeit im Rechte der Zeiten. 1917.

Sinzheimer, Hugo: Grundzüge des Arbeitsrechts. Fischer, Jena 1921.

Sohm-Mitteis: Institutionen. München und Leipzig 1924.

Sombart: Der Bourgeois. Zur Geistesgeschichte des modernen Wirtschaftsmenschen. Duncker und Humblot 1913.

Sombart: Der proletarische Sozialismus. 2 Bde. Gustav Fischer, Jena 1924.

Sombart: Die Ordnung des Wirtschaftslebens. Enzyklopädie. Springer, Berlin 1925.

Staffel: Verordnung gegen den Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen. de Gruyter u. Co. 1926.

Stein, Lorenz von: Verwaltungslehre. Stuttgart 1868.

Steinberg: Die Weltanschauung des Bolschewismus. Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Bd. 18, 1924/25.

Syrup: Kommentar zur Arbeitszeitverordnung. Berlin 1924.

Treichler: Über zwangsweise Abtretung von Eigentum und anderen Rechten. Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft. 1848.

Trotzkij: Die Rolle und die Aufgaben der Gewerkschaften. 1920.

Wagner, Adolf: Grundlagen der politischen Ökonomie. Leipzig 1894.

Wassermann: Beschäftigungsverhältnis als Grundlage des Arbeitsrechts. Im Arbeitsrecht XIV, S. 812.

Weber, Alfred: Das Berufsschicksal der Industriearbeiter. Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik. 34. Bd., S. 377.

Wolff, Martin: Reichsverfassung und Eigentum. Festgabe der Berliner juristischen Fakultät für Wilhelm Kahl. 1923.

Arbeitsrecht, Zeitschrift f. d. gesamte Dienstrecht der Arbeiter, Angestellten und Beamten, herausgegeben von Potthoff, Stuttgart. — Berliner Tageblatt. — Blätter für Arbeitsrecht, ständige Beilage der Arbeitgeberzeitung, Berlin. — Deutsche Juristenzeitung, Otto Liebmann, Berlin. — Entscheidungen des preuß. Oberverwaltungsgerichts. — Hanseatische Rechtszeitschrift, früh. Hanseatische Gerichtszeitschrift Benzheimer. — Johows Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit usw., Franz Vahlen, Berlin. — Juristische Wochenschrift. — Kartenauskunftei des Arbeitsrechts, herausgegeben von Dr. Kallee, Stuttgart. — Neue Zeitschrift f. Arbeitsrecht, Mannheim. — Preußisches Verwaltungsblatt. — Vossische Zeitung. — Verwaltungsarchiv, Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Carl Heymann, Berlin 1929.

Vorwort.

Die Arbeitszeitverordnung vom 21. Dezember 1923[1]) verweist zweimal an bedeutsamer Stelle auf das Gemeinwohl. In § 7 läßt sie „eine Überschreitung" des grundsätzlichen Achtstundentages „auf Grund tariflicher Vereinbarungen . . . oder behördlicher Zulassung . . . für Gewerbezweige oder Gruppen von Arbeitern, die unter besonderen Gefahren für Leben oder Gesundheit arbeiten, insbesondere für Arbeiter im Steinkohlenbergbau unter Tage sowie für Arbeiter, die in außergewöhnlichem Grade der Einwirkung von Hitze, giftigen Stoffen, Staub und dergleichen oder der Gefährdung durch Sprengstoffe ausgesetzt sind", dann zu, „wenn die Überschreitung aus Gründen des Gemeinwohls dringend erforderlich ist oder wenn sie sich in langjähriger Übung als unbedenklich erwiesen hat und eine halbe Stunde nicht übersteigt".

Ferner darf nach ihrem § 9 die Arbeitszeit bei Anwendung der ebengenannten sowie einer anderen gesetzlich zugelassenen Ausnahme zehn Stunden täglich „nur in Ausnahmefällen aus dringenden Gründen des Gemeinwohls mit befristeter Genehmigung" bestimmter Behörden oder dann überschreiten, „wenn es sich um . . . (nicht gesundheitsschädliche) . . . Vorbereitungs- und Ergänzungsarbeiten handelt . . ., bei denen eine Vertretung des Arbeitnehmers durch andere Arbeitnehmer des Betriebes nicht möglich ist und die Heranziehung betriebsfremder Arbeitnehmer dem Arbeitgeber nicht zugemutet werden kann".

Die Einfügung des Wortes Gemeinwohl in die nüchterne Sprache der Arbeitszeitverordnung erscheint in mehrfacher Hinsicht auffällig. Zunächst scheinen die genau umrissenen Folgen, die an das Gemeinwohl geknüpft sind, zu der nicht scharf abgrenzbaren Weite des Begriffes im Widerspruche zu stehen. Noch wichtiger ist, daß das Wort Gemeinwohl kraft seines Ge-

1) RGBl. I, S. 1249 in der Fassung der Bekanntmachung vom 14. April 1927, RGBl. I, S. 110.

fühlsgehaltes in Vorstellungen und Gedankengänge hineinweist, die der Arbeitszeitverordnung fremd scheinen. Es ist, als träten wir mit diesem Begriffe, um ein packendes Gleichnis Rosenstocks zu gebrauchen, aus den nüchternen Konturen gesellschaftlicher Funktionen in eine rauschende und vielstimmig tönende Waldlandschaft ein[2]). Neben der Weite ist also auch die Höhenlage des Begriffes eine andere, als des Gesetzesbaues, den er mittragen soll.

Erstmalig hat Martin Michel mit seiner Schrift „Das Gemeinwohl in der Arbeitszeitverordnung“[3]) eine theoretische Durchdringung dieses fesselnden Begriffes versucht. Den Wert dieser Arbeit als „Materialsammlung“ und in ihren sachlichen Ergebnissen hat die Kritik lobend anerkannt[4]). Trotzdem verlockte sie in mancherlei Hinsicht zu einer Neubearbeitung. Michels Arbeit erblickt, so scheint es, ihre Aufgabe in der Hauptsache darin, eine wahre Fülle einzelner Fundstellen oft recht entlegener Art ohne viel inneren Zusammenhang nebeneinander aufzuschütten. Auf diesem Wege eine Erschöpfung des Gegenstandes zu erreichen, mußte aber um so weniger gelingen, als Michel den Begriff selbst mit „öffentlichem Interesse“, „öffentlichem Anteil“, „Bedürfnis“, „Nutzen“[5]) gleichsetzt[6]), dann aber auch nicht mehr dem „Wahren Besten“ der Wirtschaftsedikte Friedrich Wilhelms III.[7]), vielleicht nicht einmal den älteren Gesetzesbegriffen „Notwendigkeit“ und „dringender Notwendigkeit“[8]), der von Rosenstock bezeugten Wendung[9]) „Allgemeinheit“ wie auch der allerneuesten der „Belange“[10]) ausweichen durfte. In einer Arbeit, die es sich nicht versagt, Fundstellen minderen Ranges wie etwa das preußische Quellenschutzgesetz[11]) zu berücksichtigen oder gar mittelalterliche Häuserinschriften heranzuziehen[12]), muß das Fehlen der Kartellverordnung mit ihrem, dem Thema der Arbeit besonders nahestehenden Gemeinwohlbegriff besonders auffallen. Vor allem war aber der Weg

---

2) Rosenstock, Neue Grundbegriffe des Privatrechts. Bl. 2.
3) Schriften des Instituts für Arbeitsrecht an der Universität Leipzig, 18. Heft 1928.
4) Kreller, in JW. 1929, S. 1290.
5) Wie er sich in § 15a Baufluchtliniengesetz vom 2. Juni 1875 findet.
6) Michel, Gemeinwohl, S. 46.
7) Wo sich diese Wendung in der Vorrede des Ediktes, die Regulierung der gutsherrlichen und bäuerlichen Verhältnisse betreffend vom 14. September 1811 findet. (Vgl. Gesetzsammlung f. d. königl. preuß. Staaten Nr. 21).
8) Vgl. die bei Layer Enteignungsrecht S. 46 zit. Stellen.
9) Vgl. Rosenstock, Industrierecht, S. 48.
10) Sie findet sich z. B. in § 11 der Kartellverordnung, neuestens in Art. 4 der Verord. über die deutsche Siedlungsbank v. 26. Sept. 1930. RGBl. I, S. 457.
11) Michel, Gemeinwohl, S. 15.
12) ebenda, S. 7.

einer solchen musealen Sammlung der Funde kein geeigneter Weg zur Klärung des Begriffes, besonders, da es dem Verfasser nicht mehr gelang, seine Materialfülle unter dem einheitlichen Gesichtspunkt des Themas zu ordnen.[13]) So nimmt es nicht wunder, wenn Michel am Ende seines mühevollen Weges entsagungsvoll bekennen muß, die Beurteilung der Ausnahmevorschrift des Gemeinwohls liege auf dem Boden des Tatsächlichen.[14])

Ohne die Absicht einer Gegenschrift soll hier an die Aufgabe der Michelschen Arbeit noch einmal, aber auf anderem Pfade herangegangen werden. Notwendig zu der Erreichung des gesetzten Zieles schien zunächst die Wiederherstellung der von Michel aufgegebenen Einheit[15]) der Untersuchung durch straffere Einordnung des Stoffes unter das Thema, und weiterhin eine strengere Besinnung auf das Wesen der juristischen Interpretation. Dazu wurde es notwendig, die gesamte Arbeitszeitverordnung auf ihren gedanklichen Inhalt zu durchleuchten, um so den Begriff des Gemeinwohls gleichsam aus dem gesetzgeberischen „Milieu" der Arbeitszeitverordnung heraus zu entwickeln. Dabei wird die Untersuchung der Arbeitszeitverordnung manche Gedankengänge zutage fördern, die der Gesetzgeber selbst nicht mehr, manche, die er noch nicht gehabt haben kann.

Die gewagte Grenzziehung auf dem unsicheren Boden der neuesten Gesetzgebung mag manche Kühnheit der Arbeit, die Fülle des andringenden Stoffes mag die stichwortartige Kürze entschuldigen, die sich notgedrungen durch Verweisungen entlasten mußte.

13) Michel, Gemeinwohl, ebenda, S. 4.
14) Ebenda, S. 59.
15) Ebenda, S. 4.

I.

Der Ideengehalt der Arbeitszeitverordnung.

Wer es unternehmen würde, den Grad jeweiliger gesetzlicher Verkürzung des gewerblichen Arbeitstages in dem letzten Jahrhundert graphisch darzustellen, würde an bestimmter Stelle die Kurve mit überraschender Plötzlichkeit in die Höhe führen müssen. Dieser Schnittpunkt im Koordinatensystem ist der 12. November 1918. An diesem Tage verkündete der Aufruf des Rates der Volksbeauftragten mit Gesetzeskraft: „Spätestens am 1. Januar 1919 wird der achtstündige Maximal-Arbeitstag in Kraft treten.“[16])

Schon die Abruptheit dieses, in seiner Plötzlichkeit imponierenden Vorstoßes zum uniformen Achtstundentag erweist, daß es sich hier nicht um das Ergebnis einer stufenweisen Entwicklung handelte. Diese Zeitregelung hatte nichts zu tun mit dem, was vor ihr lag, dem persönlichen Eintreten wohlmeinender Fabrikbesitzer[17]) wie dem tastenden Zugreifen der Sozialpolitik, die seit dem Landwehrgeschäftsbericht des Generalleutnants von Horn des Jahres 1828 bestürzt die Volksgesundheit als Nationalgut erkannt hatte[18]) und deshalb, halb stets im Hinblick auf das Menschenbedürfnis der Landesverteidigung und ohne je das Primat des Wirtschaftlichen anzutasten, als rotes Kreuz hinter der wirtschaftlichen Kampffront wenigstens Frauen und Kinder vor den schlimmsten Verheerungen zu retten, die Atempause im Kampfe ein wenig zu vergrößern trachtete, die Arbeiter wenigstens körperlich nicht mehr zur Schlacke brennen ließ.[19]) Auch die lapidare Form der Proklamation hatte wenig von juristischer Kasuistik oder sanitärer Berechnung.

16) RGBl. S. 1303.
17) Wie Owen in England, bei uns in diesem Jahrhundert Abbe vgl. Diehl, Achtstundentag, S. 7.
18) So Kaskel, Arbeitsrecht, S. 197.
19) Rosenstock, Lebensarbeit, S. 3 u. S. 7, Werkstattaussiedlung, S. 244, Sozialpolitik, S. 79. Götz Briefs: Wirtschaftlicher Wert der Sozialpolitik, Tagung der Gesellsch. f. soziale Reform, 1929, vgl. Bericht d. Voss. Ztg. v. 4. 12. 1929.

In der Tat verwirklichte die Proklamation nicht wie die Sozialpolitik ein gesundheitspolizeiliches,[20]) sondern das politische[21]) Ziel ihres Schöpfers, der Revolution.

Von jeher war der Achtstundentag die brennendste, in Programmen und Streikreglements stets in den Vordergrund gestellte Forderung der Arbeiterschaft.[22]) Mit dem Anbruch des vorigen Jahrhunderts hatte in unheilvoller Gleichzeitigkeit die Maschine die Arbeiterschaft zur klassenbewußten Schicht zusammengeschweißt, dieselbe Maschine aber durch das Vorbild ihrer Schlaflosigkeit den begehrlichen Arbeitgeber zu einem unerhörten Attentat auf die Arbeitszeit, hart bis zur 24-Stundengrenze, verlockt.[23]) Dieselbe hatte eine Klasse geschaffen und dieser die Betätigung des politischen und kulturellen Wirkens unmöglich gemacht. So war die Erfüllung der Forderung nach Arbeitszeitverkürzung die conditio sine qua non der Durchsetzung aller Forderungen überhaupt,[24]) hatte der Vorrang der Forderung nach Zeit jene ganz unmittelbar gefühlsmäßige Bedeutung, die etwa Richard Dehmel[25]) in den sehr bekannten Versen zum Ausdruck bringt:

Wir haben ein Bett, wir haben ein Kind.
Mein Weib!
Wir haben auch Arbeit und gar zu zweit.
Und haben die Sonne und Regen und Wind!
Und uns fehlt nur eine Kleinigkeit,
Um so frei zu sein, wie die Vögel find,
Nur Zeit!

Kein Wunder, daß diese lange gebändigte Kraft, frei jetzt der Bevormundung auch da, wo es sich um ihr eigenes Wohl handelte, wie ein Gußstrom aus dem Hochofen in die mächtige und unverklausulierte Form des generellen Achtstundentages schoß.

Von dem verheißenen Achtstundentag blieb nicht viel übrig, als er aus dem Licht schneidiger Idiologie in die politische Debatte des hart um seine Existenz ringenden neugeschaffenen Staates trat. Schon neun Tage nach dem Aufruf brachen die Anordnungen über die Regelung der Arbeitszeit gewerblicher

20) Rosenstock, Lebensarbeit, S. 3.
21) Rosenstock, Sozialpolitik, S. 79. Kaskel, Arbeitsrecht, S. 76, S. 193. Conrad-Hesse. Politische Oekonomie, II, 287.
22) Herkner, Arbeitszeit im Handwörterbuch d. Staatsw. Bd. 1, S. 889.
23) Rosenstock, Industrierecht, S. 69, Werkstattaussiedlung, S. 94, Potthoff, Die soz. Probl. S. 9.
24) Herkner, Arbeitszeit, im Handwörterb. d. Staatsw. Bd. 1. S. 889.
25) Richard Dehmel, Der Arbeitsmann. Erstmalig im Simplizissimus, 1896 Nr. 37.

Arbeiter vom 23. 11. 1918/17. 12. 1918,[26]) später die Demobilmachungsverordnung vom 18. 3. 1919[27]) unter den Gesichtspunkten des Notfalles, der Verhütung des Verderbens von Waren und des öffentlichen Interesses wichtige Stücke aus ihm heraus. Die Verordnung über die Arbeitszeit vom 21. 12. 1923 vollendete das Werk. Sie verkehrte die Proklamation von 1918 in ihr Gegenteil und wurde, anders ausgedrückt, nichts als ein umfangreicher Katalog von Ausnahmen, eine Verlustliste des Achtstundentages, dessen grundsätzliches Fortgelten aus der verklausulierten Dialektik des § 1 der Verordnung kaum mehr herauszulesen ist.

So evident die Bedeutung der Sozialpolitik für die vorrevolutionäre Zeitregelung ist und so gewiß der Charakter der Proklamation als eindeutige Kundgebung des Arbeiterwillens feststeht, so wenig läßt sich die Frage nach dem Namen des mächtigen Gegenspielers auf den ersten Blick beantworten, dem es gelungen war, den Achtstundentag so tödlich zu verwunden. Das verschuldet einmal die der Verordnung eigene Unübersichtlichkeit, die nicht nur in den ersten Paragraphen waltet, sondern durch die ganze Verordnung geht und sie zu einem wahren Irrgarten der Arbeitszeit gestaltet.[28]) Wichtiger aber ist, daß diese Gestalt ein ganz konformer Ausdruck einer tief in ihrem verwirrenden Bestreben, jedem gerecht zu werden, begründeten Unklarheit ist.[29])

Dieses ehrliche Bemühen, jeden zu Worte und zu Rechte kommen zu lassen, jeder Richtung die gleiche „Chance" auf Sieg zu geben, liegt im Wesen des parlamentarischen Staates.[30]) Wir finden es selbst, deutlicher noch durch die einfache und klare Gesetzessprache in den Grundrechten der Reichsverfassung, wenn dort neben der Garantie von Freiheit und Eigentum sozialistische Grundsätze und katholisches Naturrecht zur Geltung kommen [31]) oder auf dem Gebiete des Schulrechts, wo eine streng durchgeführte Staatsschule, eine vom Willen der Erziehungsberechtigten bestimmte, eine konfessionelle Schule und eine freie Schule unüberbrückbar [32]) nebeneinander stehen. Schwieriger zu überblicken, weil nicht so offen zugegeben, haben wir dieses: „sowohl

26) RGBl. S. 1334/1436.
27) RGBl. S. 315.
28) Michel, Gemeinwohl, S. 71.
29) Potthoff, Arbeitszeitverordnung, S. 10. Erdmann, Arbeitszeitverordnung, S. 8.
30) Carl Schmitt, Hugo Preuß in der deutschen Staatslehre, Neue Rundschau, XXXXI S. 294.
31) Carl Schmitt, Verfassungslehre, S. 29.
32) Carl Schmitt, Verfassungslehre, S. 34.

als auch" auf dem Gebiete der Wirtschaftspolitik. Überall begegnet uns hier, daß von verschiedenen Seiten und Richtungen, veranlaßt durch die mannigfachsten Anschauungswelten und Interessengruppen in ein Trümmerfeld der Wirtschaftsformen [33]) Gerüste normativer Regelung hineingeschoben werden, ohne daß man sich auf ein Struktursystem geeinigt hätte.

Dieser Zwiespalt zwischen Rechtsnorm und Rechtstechnik wird auf dem Gebiete der Arbeitszeitverordnung durch ihren Ausgangspunkt, die Fiktion des freien Arbeitsvertrages sehr deutlich.

Gedanklich geht dieser freie Arbeitsvertrag auf das Industriesystem von Adam Smith zurück. Glaubte dieses System, alle Dinge auf Arbeit zurückzuführen und also in allen Dingen Arbeit übergeben zu können, so gewöhnte man sich an den Gedanken der Übertragbarkeit und somit der freien Verkäuflichkeit der Arbeit selbst und setzte diese mit der Freiheit des Arbeitsvertrages gleich.[34]) Diese, nur dem wildesten Manchestertum auf den Leib geschriebene Auffassung übernahm das BGB. und reihte den Arbeitsvertrag mit dürftigen Sätzen [35]) und unter dem sehr bezeichnenden Namen: Dienstvertrag in seine synallagmatischen Verträge ein. Gerade um dieser vermeintlichen Freiheit des Arbeitsvertragswillens hat man lange geglaubt, jede gesetzliche Regelung als Beschränkung des Arbeitswillens ablehnen zu dürfen[36]), ohne zu erkennen, daß die gesetzliche Arbeitszeitregelung nicht eine Beschränkung des eigenen Arbeitens, sondern des Arbeitenlassens, der Ausnutzung der Kräfte anderer darstellt[37]). Mochte zu dieser Gleichstellung von Ware und Arbeit das für beide gleicherweise gültige Gesetz von Angebot und Nachfrage verlocken, so ergibt sich doch schon daraus, daß Arbeit kein Umlaufsgut ist, Besonderes[38]). Vollends deckt die Unmöglichkeit eines dinglichen Überganges auf den „Käufer" wie die Tatsache, daß Arbeit sich selbst erneuert, nicht produziert wird[39]), der Arbeiter aber, der seine Ware: „Arbeit" zurückhielte, verhungern müßte, die tiefe Wesensfremdheit beider auf. Wirtschaftliche Tätigkeit, die in die Verkehrswirtschaft eintritt, mit dem in den Handel übergegangenen Kopfhaar der Frau oder dem Leichnam

33) Hellpach, Gruppenfabrikation, S. 157.
34) Schott, Der Mensch und die Arbeit, S. 17.
35) Grünberg, in Rosenstock, Werkstattaussiedlung, S. 187.
36) So z. B. Bismarck, vgl. Conrad-Hesse, Politische Oekonomie, II, S. 280.
37) Potthoff, Arbeitszeitverordnung. S. 27 und Brauns: Auf der Eröffnung der Genfer Arbeitskonferenz vom 30. Mai 1929 laut Bericht der Voss. Ztg. v. 2. Juni 1929.
38) Schott, Der Mensch und die Arbeit, S. 24.
39) Schott, ebenda.

zu vergleichen, um, wie es versucht wird[40]), den Warencharakter der Arbeit darzutun, vermag nicht diesen, sondern nur die Blindheit für die Unterscheidung von lebendig und tot einer solchen Gleichstellung zu erweisen[41]). Arbeitskraft ist vielmehr, wie Rosenstock sagt, kein der Person zustehendes Rechtsgut, sondern der Mensch selbst in einem anderen Aggregatzustand[42]). Die Lebensstunden dieses Menschen zerhackt aber die Vertragslehre in Rechtssekunden, deren Inhalt einander ins Gesicht schlagen dürfen[43]), als wäre der Mensch ein ewig sich gleichbleibender leidenschaftsloser Willensmotor[44]).

Heute haben Gesetzgebung und Rechtsprechung den freien Arbeitsvertrag bereits zwiefach verleugnet. Die Gesetzgebung negiert die Freiheit der Ausgestaltung oder Typenfreiheit[45]) durch ihre ausführliche Regelung der gewerblichen Arbeitszeit, da es sonst nur des Satzes: „Verträge binden" bedurft hätte. Gerade die Unzulänglichkeit der individuellen Willenseinigung war die treibende Kraft der Verordnung wie des gesamten Arbeitsrechts[46]). Hatte sich der Arbeitsvertrag aber einmal als unzulänglich erwiesen, so konnte ihn die Rechtsprechung wegen dieser Unzulänglichkeit auch leicht für entbehrlich erklären. Sie faßte deshalb die Tatsache des Eintretens in ein Beschäftigungsverhältnis an sich als Realkontrakt und knüpfte daran, mochte der Vertrag ganz oder gerade zwischen dem Unternehmer und dem Beschäftigten[47]) fehlen oder ursprünglich oder auf Grund von Anfechtung nichtig sein[48]), die Verpflichtung zur Lohnzahlung und Fürsorge[49]). Diese Anerkennung legitimer Arbeit aus nichtigen Verträgen legt aber gerade genau so wie auch die Anerkennung legitimer Kinder aus nichtiger Ehe[50]) im Keime beider Verträge das zwingende biologische Verhältnis, die ewige zwingende Notwendigkeit dar, ohne daß indessen wie bei dem Staate hier schon die Vertragsform historisch geworden wäre[51]).

---

40) Darmstädter, Wirtschaftsrecht, S. 64.
41) Rosenstock, Industrierecht, S. 14.
42) Rosenstock, Industrierecht, S. 92, Anm. 23.
43) Rosenstock, Erwachsenenbildung, S. 105.
44) Rosenstock, Alter der Kirche II. Luthers Volkstum und Volksbildung. (Gebet und Arbeit) S. 700.
45) Nipperdey, Kontrahierungszwang, S. 4.
46) Jacobi, Arbeitsrecht, S. 5.
47) Wie z. B. zwischen Orchestermitglied und Kinobesitzer, vgl. Wassermann, Beschäftigungsverhältnis, S. 814.
48) Oertmann, Der Arbeitslohn, S. 11, DJZ. 1929, S. 1045; Potthoff in Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 1925, S. 583.
49) § 618 BGB.
50) § 1699 BGB.
51) Rosenstock, Industrierecht, S. 144.

Die Auffindung und Bestimmung der in diese Scheinform eingesprengten Unterströme und Kräfte, die dem Achtstundentag so wirksam entgegentraten, ist die Aufgabe der folgenden einleitenden Betrachtung. Nur eine unter diesen Mächten ist mit dem Gemeinwohlbegriff verknüpft.

1.

Die älteste unter den Betrachtungsweisen abhängiger Arbeit ist die patriarchalische, die von der unbedingten Unterworfenheit des Abhängigen ausgeht. Dieser Standpunkt ist verschieden von der Einsicht in die Notwendigkeit einer einheitlichen Leitung des Produktionsherganges [52]) und will auch nicht besagen, daß der Unternehmer die Arbeitskraft als Ware gekauft hat, wie den Rohstoff, den er verarbeitet. Eine solche Ware war selbst der Sklave des römischen Rechtes nicht; denn der Begriff des dominiums am Sklaven hatte nur die Aufgabe, seine nur neben der in erster Linie geltenden personenrechtlichen Beziehung bestehende vermögensrechtliche Seite zu erfassen[53]). Nur das hat diese herrenrechtliche Auffassung mit der Sklaverei gemeinsam, daß beide — genau so wie aber auch in Rom der Eintritt eines homo sui iuris in ein Adoptionsverhältnis oder einer Tochter in eine gewisse Eheform [54]) — eine capitis deminutio, eine Statusveränderung herbeiführen. Ursprung dieser herrenrechtlichen Auffassung ist nämlich auch hier die unter der manus oder munt des Hausherrn stehende familia mit ihrer Fortentwicklung des bis in die jüngste Zeit und in der Form des selbständigen Gutsbezirkes noch heute fortlebenden Hofrechtes[55]). Diese Unterworfenheit erzeugte eine Gemeinschaft [56]) und eine Treupflicht, die gewiß nicht einseitig war[57]), vor allem den Brotherrn nicht rechtlich, aber als Betätigung praktischen Christentums zu gewisser Fürsorge verpflichtete. Für den Arbeitnehmer folgte aus ihr eine Pflicht zu so unbedingtem Gehorsam, wie ihn heute noch die Seemannsordnung als Ausnahmezustand über das in ständiger Kriegsgefahr mit Wind und Wellen befindliche Schiff verhängt[58]) und zu einem restlosen Einsetzen für den Herrn, demgegenüber Verbrüderung mit den im gleichen Schicksal Stehenden, die Ko-

52) Rosenstock, Industrierecht, S. 19.
53) Schott, Der Mensch und die Arbeit, S. 6.
54) Sohm-Mitteis, Institutionen, S. 188.
55) Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 132.
56) Rosenstock, Industrierecht, S. 22.
57) Grünberg, in Rosenstocks Werkstattaussiedlung, S. 51.
58) § 85 der Seemannsordnung v. 2. 6. 1902, RGBl. S. 175.

alition, ein Verbrechen wie Felonie oder Ehebruch war[59]). Folgerichtig bestrafte das russische Strafgesetzbuch von 1845 Ungehorsam gegenüber dem Fabrikherrn als Aufruhr gegen die Staatsgewalt[60]). Gewiß war es nur ein Beharren bei dem Überkommenen, die Fabrikarbeiter nach Stahls bezeichnendem Ausdruck als „Gewerbedienstboten", ähnlich den „Handlungsgehilfen" des HGB.[61]) mit in den herrenrechtlichen Verband einzuordnen[62]). Diese Tradition war aber sinnlos geworden, als die rasche Entfesselung der Maschine die Massenproduktion allgemein machte und im Anfange des vorigen Jahrhunderts aus der Patriarchenfamilie eine Herde geworden war, der von Agenten im Umkreise des Industriegebietes aufgekaufte Kinder von drei und vier Jahren zugetrieben wurden[63]). Doppelt sinnlos wurde diese Hörigkeit, als kraft ihrer ein überspanntes Leistungsfieber erzwungen wurde[64]), das bei der notwendigen Verschlechterung der Qualität und der raschen Zerrüttung der Arbeitskraft fast mehr eine Befolgung von Befehlen einer Kommandogewalt als einen Erfolg zu erstreben schien[65]). Der Herr-im-Hause-Standpunkt, der die patriarchalische Hausgewalt mit der Führerschaft bei der Arbeit verwechselte, hatte vergessen, daß gerade die Hauszugehörigkeit hatte zurückgedrängt werden müssen, um dem Unternehmen die Arbeitskräfte zuströmen zu lassen[66]).

Ausfluß dieses, schon und gerade in den Anfängen des Fabrikzeitalters ad absurdum geführten herrenrechtlichen Standpunktes war die bis vor kurzem in der Gewerbeordnung als absolutes Recht gewährleistete Befugnis des Arbeitgebers, in der für die Betriebsangehörigen verbindlichen Arbeitsordnung einseitig eine objektive Norm zu setzen[67]). Daß von diesem ältesten und unzeitgemäßesten Geiste auch in der Arbeitszeitverordnung von 1927 noch ein Hauch zu verspüren ist, darf bei der oben dargelegten Verworrenheit dieses Gesetzes nicht wunder nehmen. Es ist das der § 3, der an 30, der Wahl des Arbeitgebers überlassenen Tagen im Jahre Mehrarbeit bis zu zwei Stunden gestattet.

59) Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 132. Vgl. auch Grünberg, a. a. O. S. 192.
60) Mautner, Bolschewismus, S. 48.
61) Vgl. Rosenstock, Sozialpolitik, S. 66.
62) Grünberg, a. a. O S. 191. Radbruch, a. a. O.
63) Conrad-Hesse, Politische Oekonomie, II, S. 273.
64) Herkner, Arbeitszeit, im Handwörterbuch der Staatswissenschaften, Bd. I, S. 889.
65) Rosenstock, Sozialpolitik, S. 80
66) Rosenstock, Industrierecht, S. 67
67) Landmann: Gewerbeordnung zu § 34c; vgl. auch Rosenstock, Philosophische Grundlagen des Arbeitsrechts, S. 560.

2.

Der herrenrechtlichen Arbeitszeitregelung, die auf der Unterscheidung von Gleich und Ungleich beruht, stellt die zum Bewußtsein ihrer Menschenwürde erwachte Arbeiterschaft das politische Ziel einer Zeitregelung von Gleich zu Gleich entgegen. Erkämpft wird diese Gleichheit nicht für die Stellung im Betriebe. Selbst in Rußland fordert Lenin im Interesse rentabler Wirtschaft „eiserne Arbeitsdisziplin" und „widerspruchslosen Gehorsam gegenüber dem Betriebsleiter"[68]). Die Gleichheit, um die es sich handelt, betrifft vielmehr die Feststellung der Bedingungen, unter denen ein Unterwerfen unter die Betriebsgewalt stattfinden soll[69]). Erstrebt wird also nicht eine Gleichheit zur Wahrung der Willensfreiheit für jeden Tag und jede Verrichtung, sondern zur Wahrung der Freiwilligkeit im „Anfangswillen"[70]). Diese Gleichheit wird erkämpft und auch erreicht durch die verfemte Koalition, die mit dem Grundsatz: „Alle für Einen" aus Ohnmächtigen eine Macht schafft, die der Kapitalsmacht der Arbeitgeber ebenbürtig zu werden trachtet. Ausdruck dieser Gleichheit ist die Regelung der Arbeitsbedingungen durch zweiseitige Vereinbarung, die genau so objektives Recht schafft, wie früher die einseitige Arbeitsordnung des Unternehmers. Erstmalige Anerkennung der normschaffenden Vereinbarung und damit der Gleichheit der beiden Wirtschaftsparteien erfolgte in der Demobilmachungsverordnung von 1918. § 1 der Tarifvertragsverordnung stattete sodann durch die Anerkennung der Unabdingbarkeit von Tarifverträgen die Gewerkschaft, nach Jaurès' schönem Wort: Die Mutter des Arbeiters, von Rechts wegen mit einer bedeutsamen mütterlichen Schutzpflicht aus[71]). Die Arbeitsbedingungen, die so auf dem Wege des waffengleichen Wirtschaftskampfes, ähnlich den Friedenseinigungen des Mittelalters[72]) erstritten wurden, wie Lohn, Freizeit, vor allem Arbeitszeit, sind nicht hygienischer Natur. Hatte der herrenrechtliche Standpunkt die transpersonalistische Würde des Unternehmers zum Ziel, so ist das Ziel der Regelung, deren ebenbürtiger Vertragsgegner die organisierte Arbeiterschaft ist, sozial, gerichtet auf eine Autonomie des Sozialen, dem sich auch die Wirtschaft an-

68) Lenin, Aufgaben. S. 47/48.
69) Mamroth, Gewerblicher Konstitutionalismus, S. 2.
70) Rosenstock, Industrierecht, S. 173.
71) Grünberg, in Rosenstocks Werkstattaussiedlung, S. 198.
72) Sinzheimer, Grundzüge d. Arbeitsrechts. Jena 1921.

zupassen hat[73]), damit aber auf den Vorrang des atmenden Menschen vor allen Sachgütern[74]). Ein sozialrechtlicher Arbeitstag ist genau so wie der herrenrechtliche politisch, d. h. durch ökonomische Darlegung ebensowenig zu widerlegen [75]) wie andererseits objektiv zu begründen[76]), eine Angelegenheit nicht der Überrechnung, sondern der Überzeugung und des Glaubens. Durch die rechtssetzende Vereinbarung durch Arbeitnehmer und Arbeitgeber wird aus dem Gnadengeschenk der Sozialpolitik Recht, und kraft dieser Wirkung wurde der Tarifvertrag Schöpfer des Arbeitsrechtes in dem ursprünglichen Sinne nicht so sehr eines Rechtes der Arbeit, sondern eines Menschenrechtes der Arbeiter, eines Systems von Arbeitergrundrechten gegenüber dem Machtzwecke der Produktion[77]).

Wurden in dem Tarifvertrag dieselben Mächte und Ziele wirksam, die den politischen Achtstundentag des Aufrufes der Volksbeauftragten schufen, so nimmt es nicht wunder, sie im Rahmen der Arbeitszeitverordnung zur Gewährung von Ausnahmen von diesem Achtstundentag berechtigt zu finden. Ausnahmen durch Tarifvertrag kennt die Arbeitszeitverordnung in den §§ 2, 5 und 6.

3.

Beiden, ihrem innersten Wesen nach entgegengesetzten Arten der Arbeitszeitregelung ist gleicherweise eigentümlich, daß sie nicht wirtschaftlicher Herkunft sind und deshalb auch nicht stets zu wirtschaftlichen Ergebnissen führen können. Liegt bei dem herrenrechtlichen Arbeitstag die Gefahr eines Raubbaues an der Arbeitskraft nahe, so ist es im Wesen einer uniformen Freilassung einer eigenmenschlichen Zone begründet, daß wirtschaftliche Kräfte unausgenutzt bleiben, gleichviel, ob sie dem menschlichen Reifen zuströmen oder sich lediglich ins Amüsieren vergeuden. Eine Wirtschaft, der die Technik nicht nur immer vollkommenere Maschinen aufstellt, sondern auch das Material immer restloser bis zum letzten Abfallstoff nach Gewinn auslaugt, mußte sich auch auf das Problem einer optimalen Ausnutzung der Menschenkraft besinnen[78]). In diesem

73) Götz Briefs auf der Tagung der Gesellschaft für soziale Reform. 1929, laut Nachr. d. Voss. Ztg. v. 4. 12. 1929.
74) Rosenstock, Alter der Kirche I; Herz der Welt. (Heiligt der Zweck das Mittel?) S. 32. Potthoff: Arbeitsverfassung in „Die sozialen Probleme des Betriebes". S. 53.
75) Diehl, Achtstundentag, Einleitung.
76) Lipmann, Arbeitszeitproblem, S. 1 ff.
77) Darmstädter, Wirtschaftsrecht, Vorwort.
78) Darmstädter, Wirtschaftsrecht, S. 89.

Blickpunkt ist der Arbeiter, entfernt also von dem Diener unter dem Unternehmer, wie dem Herrn über der Maschine eine mitwirkende Kraft neben Natur und Technik[79]) oder Geisteskraft[80]) in einer Kräftesymphonie, einem Acker der Kraft, einem Wirksystem auswechselbarer Teile[81]). Genau so wie bei den Naturkräften läßt sich bei der Arbeitskraft ein Optimum, also der Punkt größten Erfolges bei kleinstem Einsatz experimentell feststellen[82]). So schafft das Taylorsystem ein Gesetzbuch von Regeln, wie das Joch der Arbeit der geschicktesten Stelle des Körpers auferlegt wird, und wie gerade die feinkonstruierteste und leistungsfähigste Maschine Überanstrengung verbietet, so ist ein wichtiger Teil der optimalen Nutzung menschlicher Leistungskraft eine zweckmäßige Zeitregelung. Das bedeutet, daß der ökonomische Arbeitstag ein gesundheitlicher Arbeitstag zu sein haben wird[83]).

Dahingehende Berechnungen haben etwa das Ergebnis, daß bei jeder Verlängerung der Arbeitszeit die Leistung nur in arithmetischer, die Ermüdung aber in geometrischer Reihe wächst[84]), daß die durchschnittliche arbeitsstündliche Produktion halb so groß ist wie die, die in völlig ausgeruhtem Stadium geleistet wird, der ökonomische Tag wieder halb so groß wie der, der den Arbeiter völlig erschöpft. Sie werden eine Zeitregelung zur Forderung erheben, die dem Arbeiter soviel Freiheit gönnt, um ihn die Arbeit jeden Montag so frisch antreten zu lassen wie den vorhergehenden[85]). Ein solcher optimaler Arbeitstag verhütet den Leerlauf der Maschinen[86]) genau so wie den verhängnisvolleren Leerlauf menschlicher Arbeitskraft[87]) und führt oft genug in kürzerer Arbeitszeit zu höheren Erträgen[88]).

Wie die oben geschilderte sozialrechtliche Regelung von dem Primat des Menschen, so geht die betriebliche von dem Primate der Wirtschaft aus. Faßt man mit Darmstädters scharfer Terminologie Wirtschaftsrecht als Mittel, das Recht zur Produktionssteigerung zu benutzen, also im Gegensatz zum Arbeits-

79) Cunow, Die Marx'sche Geschichts-, Gesellschafts- und Staatstheorie, S. 163 ff.
80) Rosenstock, Industrierecht, S. 17.
81) Rosenstock, Industrierecht, S. 34 und S. 20; Werkstattkommandite, S, 615; Potthoff, Arbeitsverfassung, S. 52.
82) Rosenstock, Alter der Kirche II, Verklärung der Arbeit (Kirchenrecht und Arbeitswissenschaft), S. 806.
83 Lipmann, Arbeitszeitproblem, S. 1 ff.
84) Conrad-Hesse, Politische Oekonomie, II, S. 280.
85) Lipmann, Arbeitszeitproblem, S. 1 ff.
86) Conrad-Hesse, Politische Oekonomie, II, S. 280.
87) Diehl, Achtstundentag, S. 8.
88) Philippovitsch, Politische Oekonomie, I, S. 158.

recht als einem Mittel, der sozialen Forderung gegenüber der Produktion Geltung zu verschaffen[89]), so hätten wir es hier mit einer wirtschaftsrechtlichen, nicht arbeitsrechtlichen Zeitregelung zu tun. Folgerichtig erwächst aus dieser wirtschaftsrechtlichen Auffassung die Forderung nach restloser Ausnutzung der als optimal errechneten Zeitspanne, aber ebenso auch nach dem Verbote der Überschreitung des Optimums als dem Verbote von Raubbau, wie es etwa im Bergbau für die Grube seit jeher rechtens ist[90]). Klarzustellen ist aber, daß dieser Gesichtspunkt nicht wie beide vorhergehenden zu einem Arbeiterschutz, sondern lediglich zu einem Arbeitskraftschutz führen[91]). Dieser Standpunkt, der von dem Gesichtspunkt der gesetzten Betriebszwecke und von der Erhaltung der Kräfte für den Betrieb ausgeht, hat in der Arbeitszeitverordnung — weniger den Gegensatz zwischen herrenrechtlicher und sozialethischer Auffassung ausgleichend[92]), als vielmehr einen neuen Gesichtspunkt anderen hinzufügend — in den §§ 2, 3 und 8 der Arbeitszeitverordnung Ausdruck gefunden.

4.

Die drei berührten Gesichtspunkte verschiedener Arbeitszeitregelung sind keinesfalls vollständig, wie oft behauptet wird[93]). Im Gegenteil, ihre Ausgangspunkte, kurz als Kapital, Proletariat und Technik bezeichnet, zerstückeln gerade, was Ziel und Maß jeder Arbeitszeitregelung sein müßte, das Leben des Arbeitenden als biologisches Ganzes[94]).

Für den Unternehmer ist das Arbeiterleben eine antlitzlose, geldwerte Rechengröße[95]), die im industriellen Voranschlag, wie Acker mit Saatgut, die Multiplikation mit seinem Stundenwerte verträgt[96]), obwohl gerade gegenüber dem Menschen diese nach Energien und Kilogrammetern aufgemachte Erfolgsrechnung versagt[97]) und — hilflos gegen das Bremsen des Arbeitstempos[98]), die Nichtausnutzung der Akkorde[99]), die Massen-

89) Darmstädter, Wirtschaftsrecht, Vorwort.
90) Rosenstock, Industrierecht, S. 38
91) Vgl. den bei Rosenstock, Industrierecht, S. 65 zit. Satz Winschuh's: „Man berücksichtigt den Menschen, meint aber letzten Endes die Arbeitskraft"
92) So Hummel, Die Arbeitszeit in Riedels Arbeitskunde.
93) So Potthoff, in seiner Arbeitsverfassung, S. 56.
94) Rosenstock, Soziologie, S. 420; Industrierecht, S. 172; Werkstattkommandite, S. 615. Sozialpolitik, S. 84, Psychotechnik, S. 519; Seelenkunde, S. 42.
95) Rosenstock, Sozialpolitik, S. 66. Industrievolk, S. 25, 39, Werkstattkommandite, S. 615.
96) Rosenstock, Sozialpolitik, S. 67.
97) Diehl, Achtstundentag, S. 8.
98) Rosenstock, Werkstattaussiedlung, S. 164.
99) Beispiele dafür bei Rosenstock, Werkstattaussiedlung, S, 143 44.

wanderungen von Produktionsstätte zu Produktionsstätte[100]) — nur Betriebsstatisten, nicht Betriebsakteure schaffen kann[101]).

Die Psychotechnik, die nur den Augenblickswert des Arbeitenden, nicht seinen Wachstumswert begreift[102]) und deshalb dem Jugendlichen keine Entfaltung, nur Anlernung statt Lehre gönnt[103]), bar jeder ans Menschliche reichenden „Allotria"[104]), den Vierzigjährigen bereits wiederum unwillig abschüttelt[105]), wählt auch da, wo der kapitalistische Apparat Höhenunterschiede kennt, statt nach Tradition und Berufsmilieu nach bloßer Leistungsfähigkeit und saugt so jede Generation wie etwas stets neu naturhaft Gebotenes in sich hinein[106]).

Ebenso hat der Sozialismus stets den Taylorismus bejaht[107]), Jugend und Alter in den Tarifverträgen gleichgestellt[108]), sich mit den psychotechnischen Rubriken als Ideal der Gerechtigkeit abgefunden[109]) und so den Verrichtungsatomismus[110]) des Arbeiters, seine Rolle als Rädchen im Betriebe um seiner fiktiven Mitbestimmung am wirtschaftlichen Zentralregiment willen verewigt. Marx hat die abstrakt menschliche Arbeit zum tragenden Begriffe seiner Wertlehre gemacht[111]), so hinter alles Gestaltete auf die entblößten Vorgänge des Chaos zurückgreifend[112]). Vor der Tollerschen „Masse Mensch" sieht auch der Marxismus den Menschen nicht und vergißt ihn, dem der Kapitalismus alle Knochen im Leibe zerbrochen hat[113]), wieder zum Herrn über die Dinge einzusetzen[114]).

So ist die Arbeit heute, wo man sie wie Zinzendorf zum Zweck des Lebens[115]) oder gar zum Selbstzweck erhebt[116]), weder freie Tätigkeit[117]) mehr noch sonst zugedeckt von der Hand des

100) Rosenstock, Sozialpolitik, S. 83.
101) Hans Kellner, Auf der Frankfurter Tagung für Werkspolitik, Ber. d. Voss. Ztg. v. 8 Oktober 1930.
102) Rosenstock, Werkstattaussiedlung, S. 228; Psychotechnik, S 522.
103) Hellpach, Gruppenfabrikation, S. 182.
104) Hellpach, Gruppenfabrikation, S. 84.
105) Weber, Berufsschicksal der Industriearbeiter, S. 384.
106) Weber, Berufsschicksal, S. 380 382.
107) Lenin, Nächste Aufgaben, S 61. Trotzkij, Rolle und Aufgaben der Gewerkschaften.
108) Rosenstock, Sozialpolitik, S. 72.
109) Rosenstock, Psychotechnik, S. 521, und Lebensarbeit, S. 14. Steinberg, Bolschewismus, S. 559.
110) Hellpach, Gruppenfabrikation S. 80.
111) Sombart, Proletarischer Sozialismus, Bd. 2, S. 124
112) Rosenstock, Industrievolk, S. 7.
113) Sombart, Bourgeois. S 308.
114) Rosenstock, Industrievolk. S. 39
115) Rosenstock, Alter der Kirche II, Verklärung der Arbeit, I (Kirchenlehre und Arbeitswissenschaft), S 806.
116) Rosenstock, Unternehmer und Volksordnung, S. 998. Hellpach, Gruppenfabrikation, S 157.
117) Rosenstock, Werkstattaussiedlung, S. 75

Berufes oder Dienstes[118]), sondern nackt und enteignet, lediglich von außen durch Recht, Wirtschaft und Technik geordnet, und unvermögend, selbst noch den Arbeitenden zu segnen[119]). Da aber der Arbeiter die abstrakte Arbeit, diesen „Tod mitten im Tage“[120]), nicht zum Zentrum seiner Lebenskräfte machen kann, im Gegenteil, um Mensch zu bleiben, keine Arbeitsstätte mehr ernst nehmen darf[121]), ist sein Schicksal ein passives, unorganisches Hingetriebenwerden durch Tatbestände[122]), durch eine Folge kurzfristiger Obligationen mit Hauswirt und Fabrikherrn, die schon bei Abschluß das Streben nach Auflösung in sich tragen[123]). Aus dieser Verfallenheit an den Tag erklärt sich die ungeheure Bedeutung des Materiellen[124]), insbesondere der Schwindelkonsumtion[125]) für den Arbeiter, aus dem Darben seiner Seele im Arbeitsraum die Musterkarte seiner geistigen Ausschweifungen[126]).

Losgelöst von den älteren Bestandteilen unseres Volkes[127]) und herausgerissen aus allen Beziehungen, die den Menschen das Leben erträglich machen, sind die Arbeiter flugsandartig in die Großstädte und Industriebezirke zu amorphen Haufen zusammengeweht[128]), „der Wind des Glückes treibt sie“ (nach dem unbarmherzigen Worte von Görres) „wie Staubwolken vor sich her und das Unglück regnet sie schnell zu Kot zusammen“.

Da alle Industriepolitik Volkspolitik ist[129]), ist es die Lebensfrage der industriellen Völker, ob es gelingt, den Weg zur Industriearbeit wieder quer durch Leidenschaft und Willkür, Kraft und Kampf, über Verantwortung und Manneswürde zu führen[130]), ob die Ermutigung der Arbeit gelingt, aus Muß zum Soll, aus Notstand zum Pflichtstand[131]), aus Lohnwerk zum Berufe zu wer-

---

118) Rosenstock, Alter der Kirche II, Verklärung der Arbeit, II, (Luthers Tafel der Werte,) S. 814 und 829.

119) Rosenstock, Werkstattaussiedlung, S. 79; Industrievolk, S 33. Werkstattkommandite, S. 616. Lebensarbeit, S 22. Sozialpolitik, S. 81; Alter der Kirche II, Verklärung der Arbeit (Die Arbeit der Kreatur) S. 840.

120) Die Wendung entstammt einer persönlichen Äußerung Radbruchs.

121) Rosenstock, Der Umweg des Ingenieurs. S. 187, 188 seiner „Erwachsenenbildung“.

122) Weber, Berufsschicksal, S 392.

123) Rosenstock, Arbeitsrecht und Arbeiterbildung, in Erwachsenenbildung, S. 104.

124) Rosenstock, Seelenkunde, S 67

125) Rosenstock, Werkstattkommandite, S. 615.

126) Rosenstock, Werkstattaussiedlung, S. 5, 6. Lebensarbeit, S 56; Arbeitsrecht und Arbeiterbildung in Erwachsenenbildung, S. 104; Unternehmer und Volksordnung. S. 1000; Alter der Kirche II. Luthers Volkstum und Volksbildung, S. 718.

127) Picht, Volkshochschule und Arbeiterschaft in Erwachsenenbildung, S. 46.

128) Sombart, Proletarischer Sozialismus, 2, S. 102.

129) Rosenstock, Werkstattaussiedlung, S. 245.

130) Rosenstock, Lebensarbeit, S. 6 und 61. Werkstattaussiedlung, S 228; Unternehmer und Volksordnung. S. 999; Hellpach, Gruppenfabrikation, S 45, 109.

131) Hellpach, Gruppenfabrikation, S 47.

den[132]). Den Weg hierzu vermag nur eine Arbeitszeitregelung zu finden, die sich der Vollendung des Menschen, der gegenüber alles andere bloße Verpackung, bloße Rahmenbedingung ist, als oberstem Gesetz verpflichtet fühlt[133]). Eine solche dürfte die Jugend nicht als Verwertungs-, sondern als Entfaltungsfaktor in die Arbeit einstellen[134]), müßte den Arbeitsraum durch einen Zuschuß von Unberechenbarkeit[135]), durch planvoll gestalteten Irrationalismus[136]) zu einem Teil des Lebensraumes, zum Erdreich und geordneten Nahkreis machen[137]), noch in der kleinsten Arbeitszelle ein Stück Unternehmerinitiative zulassend[138]), um so eine Wechselwirkung zwischen privatem Dasein und der verantwortlichen Tätigkeit zu schaffen[139]).

Sie müßte vor allem die Jahrfünfte, Jahrzehnte und Lebensviertel der Lebensbahn durch Freizeiten[140]), also durch nicht bloß astronomische Abschnitte gliedern, das Älterwerden vom Fluche erlösen[141]) und dem Arbeiter endlich von der bloßen Fortpflanzung zur Erbfolge des Arbeitsplatzes verhelfen[142]), so aber auch die Betriebsordnung durch das Zusammenspiel von Vätern und Söhnen[143]) und die Verteilung der Leidenschaften auf die verschiedenen Jahrgänge[144]) „mehraltrig" gestalten[145]).

Rosenstock hat in seiner „Werkstattaussiedlung" und „Werkstattkommandite", Hellpach in seiner „Gruppenfabrikation" gangbare Wege zu diesem Ziele aufgezeigt. Beide erkennen die Unfruchtbarkeit einer Beteiligung des Arbeiters an der Leitung[146]) oder am Gewinn des Gesamtunternehmens, etwa in der Form der Kleinaktie[147]), wie die Hohlheit des Begriffes der Werkgemeinschaft selbst[148]), sehen vielmehr das Fabrikproblem gerade in der Eigentümlichkeit der Verflechtung des schaffenden

132) Rosenstock, Werkstattaussiedlung, S. 266; Werkstattkommandite, S. 615 Alter der Kirche II, Luthers Volkstum und Volksbildung, S. 718.
133) Rosenstock, Soziologie, S. 173, Psychotechnik, S. 523; Weber. Berufsschicksal, S. 377, 378.
134) Rosenstock, Werkstattechnik, S. 77. Weber, Berufsschicksal, S. 401.
135) Rosenstock, Werkstattaussiedlung, S. 73.
136) Hellpach, Gruppenfabrikation, S. 124
137) Rosenstock. Werkstattaussiedlung, S. 8, 111 Andragogik S 203.
138) Rosenstock, Sozialpolitik. S. 84.
139) Rosenstock, in Erwachsenenbildung, S. 108.
140) Rosenstock, Werkstattkommandite, S. 615. Werkstattaussiedlung, S 154; Lebensarbeit, S. 57 Alter der Kirche II, Verklärung der Arbeit (Arbeit der Kreatur) S. 840; Luthers Volkstum und Volksbildung, III (Im Vorfeld der Kirche), S. 725; Soziologie. S. 179. Polychronie, 410.
141) Rosenstock. Industrievolk, S. 54
142) Rosenstock, Werkstattaussiedlung, S 152.
143) Rosenstock, Werkstattkommandite, S. 615.
144) Rosenstock, Soziologie, S. 172
145) Rosenstock, Polychronie, S 425, Ungeschriebene Verfassung, S. 4.
146) Hellpach, Gruppenfabrikation. S 133.
147) Rosenstock, Werkstattaussiedlung, S. 229.
148) Rosenstock. Werkstattkommandite, S. 617.

Menschen in die dingliche Welt des Schaffens[149]) und fordern die Verselbständigung eines Körpers, der größer als die Einzelperson, kleiner als der Betrieb ist[150]), nämlich der Werkstatt- und Arbeitsgruppe[151]), die wenn nicht, wie Rosenstock will, dem Arbeiter zu Eigen und Erbe, so doch — die Forderung Hellpachs — zum überschaubaren Lebenskreis werden soll.

Ansätze, wenn auch nicht mehr als Ansätze einer solchen Arbeitszeitregelung, finden sich auch in der Arbeitszeitverordnung, in deren §§ 3 und 4, die die Verlängerung der Arbeitszeit von der Anhörung des Betriebsrates abhängig machen. Nicht ohne Grund hat die Arbeitszeitverordnung durch Ersetzung der im Betriebsrätegesetz[152]) vorgesehenen Mitwirkung der Betriebsvertretung bei der Arbeitszeitregelung durch eine bloße Anhörung[153]) als Kern der Regelung die Aussprache und Befragung herausgeschält. Einen weiteren Baustein einheitlicher Lebensbahnregelung birgt § 7 Arbeitszeitverordnung, der eine Überschreitung des Achtstundentages dann zuläßt, „wenn sie sich in langjähriger Übung als unbedenklich erwiesen hat", denn Aussprache, Anhörung, Werkstattbräuche, Übung und Betriebssitten helfen den Arbeitsplatz zu einem Teile der Heimat machen[154]).

5.

Neben die vier bereits genannten Gesichtspunkte der Zeitregelung tritt in den §§ 7 und 9 der Arbeitszeitverordnung der auf Grund des gemeinen Wohles zu bestimmende Arbeitstag, der Gegenstand der vorliegenden Untersuchung.

Seine Herausschälung aus dem systemwidrigen[155]) Gefüge der Arbeitszeitverordnung geht ohne gewisse Gewaltsamkeiten nicht ab, zu tief ist er eingewachsen in die unterirdischen Adern dieses Gesetzes. So ruht z. B. die Ausnahme von dem hygienischen Arbeitstag in dem § 7 auf den ungleichen Schultern von Gemeinwohl und Tarifvertrag. Auch er ist, wie das ganze Gesetz, verhüllt in dem traditionellen Gewande des synallagmatischen Vertrages. Das darf aber nicht hindern, hier grundsätzlich Anderes aufzuzeigen.

Dient die Zeitregelung durch den Arbeitgeber als Machtrecht des Fabrikherrn seinem eigenen Interesse und Schutz, die

149) Hellpach, Gruppenfabrikation. S. 120.
150) Rosenstock, Lebensarbeit, S. 8
151) Rosenstock, Werkstattaussiedlung, S. 132.
152) § 78 Abs. 2 Ziff 2 BRG
153) Vgl. Erdmann, Arbeitszeitverordnung, S. 38
154) Rosenstock, Lebensarbeit. S. 12 u. 21.
155) Vgl. Neue Zeitschr. f. Arbeitsrecht, 1925, S. 262.

Zeitregelung durch Vereinbarung als Machtrecht der Organisation dem Schutze der Arbeiterschaft als Masse, handelt es sich bei dem dritten Gesichtspunkt um Schutz des wirtschaftlichen Optimums und bei dem vierten um ein Schutzrecht für den Arbeitnehmer jenseits der Masse, so fehlt es noch an einem Schutzrecht für die Gesamtheit, der letzten Endes das Arbeitsrecht wie jedes andere Recht zu dienen hat und der gegenüber der Schutz des Berufsstandes und der Wirtschaft keine endgültige Wichtigkeit besitzen. Es liegt nahe, daß dieser fünfte Gesichtspunkt in der Arbeitszeitverordnung deshalb Eingang gefunden hat, um diese Lücke auszufüllen. Trifft hier die Entscheidung über den Ausnahmefall nicht einer der Beteiligten, sondern der Staat durch die Hand der Verwaltung, so deutet das weiter darauf hin, daß hier der Staat das Gebiet bloßer Verteilung von Rechten und Pflichten verläßt, sich nicht mehr damit begnügt, bei jedem Arbeitsvertrage kontrollierend dritte Partei zu sein[156]), vielmehr eigene Rechte geltend macht[157]), denn wo die Gegensätze den äußersten Grad ihrer Intensität erreichen, endet die Macht des neutralen Schiedsrichters und es bedarf der politischen Entscheidung[158]). In der Möglichkeit auf dem Gebiete des Arbeitsrechts Schiedssprüche für verbindlich zu erklären, kommt diese Machtfunktion des Schiedsrichters Staat sehr deutlich zum Ausdruck. Wie der Staat schon in den Tagen des Landwehrgeschäftsberichts des Generalleutnants von Horn die Arbeitskraft zum Nationalgut erklärt und der Nation den Schutz dieses Gutes aufgegeben hat, so kann er auch umgekehrt die Arbeitskraft zum Schutze der Allgemeinheit einsetzen, den Arbeiter aus einem Privatsöldner zum Staatssoldaten der Arbeit machen[159]). Gerade durch einen solchen autoritativen Spruch wahrt der Staat seine Existenz, wächst er über die Rolle des „pluralistischen" Staates, des primus inter pares unter den Verbänden heraus[160]).

Freilich — nur der Ausspruch, nicht das Ausgesprochene selbst ist von Staates Gnaden. Die Nöte, die es zu wenden gilt, muß auch der Staat den Mächten des Tages ablauschen, und wehe ihm, wenn er diesen kraftspendenden Boden verlassen wollte. Er verfiele dem Schicksal des Antäus!

156) Kaskel, Arbeitsrecht, S. 76 und 193.
157) Jacobi, Arbeitsrecht, S. 26.
158) Carl Schmitt, Verfassungslehre, S. 133.
159) Rosenstock, Industrierecht, S. 80.
160) Carl Schmitt, Der pluralistische Staat, Auf der Berliner Pfingsttagung der Kantgesellschaft 1929, laut Nachr. Voss. Ztg. v. 4. 6. 1929.

II.

Gemeinwohl als Staatszweck und abgeleitete Rechtsquelle.

Wort und Begriff des Gemeinwohls, das als eines der vielen in der Arbeitszeitverordnung wirkenden Kräfte an deren Schlusse offenbar wurde, sind alt. Seit über zweitausend Jahren steht das Gemeinwohl neben dem sog. Macht- und Rechtszweck in dem großen Triptychon der herkömmlichen Gliederung der Staatszwecke.

1.

In dieser Dreiheit haben Macht und Recht stets einen natürlichen Vorrang, denn sie sind wiederum Mittel zu Ordnung und Frieden, beides aber — Ordnungssetzung und Friedensbewahrung — ist die eigentlichste Aufgabe jedes Staates, die ihr keine soziale Macht völlig entwinden, keine jemals entbehrlich machen kann. Können doch selbst die unbedingten Verherrlicher der Majorität der ordnenden Autorität nicht entraten, soll es nicht überhaupt an einem Rahmen zur Ermittlung dieser Majorität, zur Abstimmung fehlen[161]). Indessen ist der Staat selbst bei diesen beiden eigentlichsten Zwecken nicht selbstherrlich frei. Seine Macht, „Deichwart"[162]) inmitten der Brandung der gesellschaftlichen Strömungen zu sein, entnimmt er nämlich dem Gehorsam seiner Diener, dieser aber beruht bereits weniger auf der Verpflichtung und dem Eid, als auf der Tradition, also auf den Unwägbarkeiten von Sitte, Zwang und Treue[163]). Noch weniger ist der Staat aber souveräner Schöpfer der Rechtsnorm. Da die Diener des Staates, um ihm recht zu dienen, aus der Flut und Ebbe der menschlichen Gezeiten in seine Unfreiheit treten müssen, die freilich nichts Geringeres, nur Anderes als die Freiheit ist[164]), verknöchern, wie der Volksmund anschaulich sagt, so

161) Worauf Rosenstock im Industrievolk, S. 20 hinweist.
162) Das Gleichnis entstammt Rosenstocks Ewigem Prozeß des Rechts.
163) Rosenstock, Ewiger Prozeß des Rechts, S 22.
164) Ebenda, S 11.

ist der Staat selbst unfruchtbar und taub. Es mangelt dem Beamten, der unter der Vormundschaft des Staates steht[165]) und für den die Ungemessenheit des geschuldeten Dienstes kennzeichnend ist, die Nähe zur freigeschöpften Gerechtigkeit. Nur auf schon bekannte Zwecke vermag sich der Staat von selbst einzustellen[166]), für jedes Neue aber muß erst das Volk die neue Ordnung vom Staate fordern, nicht anders, als wie die Parteien durch ihren Prozeß den Richter in Bewegung setzen[167]). Der Staat spricht also das Recht, das dem Wohle der Allgemeinheit frommt, nur wie der Richter aus, was aber das Wohl erfordert, was das Recht ist, muß er ehrlich suchen[168]). Er findet es, noch als Keim in dem Schoße der sich stets neu gebärenden gesellschaftlichen Mächte, als reifes, aber gleichfalls noch unvollendetes in der Politik der widerstreitenden Interessen[169]), um diese Vorstellungen der Gesellschaft von dem Gemeinwohl durch die Berührung seiner Hand, durch die alles, wie einem zweiten Könige Midas, zu Recht wird[170]), geläutert zur bewußten und damit vom Gewissen bejahten Gestalt[171]) in den Aggregatzustand der Gesetzlichkeit zu überführen[172]). So liegt gewiß nach Eugen Ehrlichs Ausspruch[173]) „der Schwerpunkt der Rechtsentwicklung in unserer wie in aller Zeit weder in der Gesetzgebung, noch in der Jurisprudenz oder in der Rechtsprechung, sondern in der Gesellschaft selbst". Dennoch wäre es falsch, nach Art des Naturrechts das Recht als wie von der Zeit, so auch vom Staat unabhängig zu denken. Nur als Gewohnheitsrecht und als rechtssetzender Umsturz vollendet sich das Recht ohne und gegen den Staat. Sonst aber verbindet ein Spannungsverhältnis des Suchens und Findens Gesellschaft und Gesetzgeber unauflöslich, spricht sich die Allgemeinheit in einem „ewigen Prozeß" über das Gemeinwohl aus, in dem der Staat aus der Kraft der Vernunft das Recht zu finden hat[174]). Kein Recht, dem nicht das Merkmal dieses Prozesses anhaftet, das nicht in Rede und Widerrede gefunden wurde[175]), ist gerecht, denn wahres Recht muß zur Wendung einer geschicht-

165) Rosenstock, Ewiger Prozeß des Rechts, S. 10.
166) Rosenstock, Alter der Kirche II, Eine Weihnachtsbetrachtung aus dem Jahre 1917, S. 959.
167) Rosenstock, Ewiger Prozeß des Rechts, S. 2.
168) Ebenda
169) Rosenstock, Sozialpolitik, S 64.
170) Kelsen, Allgemeine Staatslehre, S 40 ff.
171) Rosenstock Werkstattaussiedlung, S. 268.
172) Rosenstock, Ewiger Prozeß, S. 21.
173) Zit. nach Grünberg in Rosenstocks Werkstattaussiedlung, S. 184.
174) Rosenstock, Ewiger Prozeß des Rechts, S. 4, 18, 2; Radbruch, Rechtsphilosophie, S 12.
175) Rosenstock, Ewiger Prozeß, S. 15.

lichen Not erforderlich sein[176]), es darf nicht überraschen[177]), sondern darf erst gesetzt sein, wenn seine Zeit erfüllt ist[178]), weshalb auch die Ordnung Aufgabe des Staates ist, die ewige Erneuerung zuläßt[179]). Wird dieses Spannungsverhältnis zwischen Staat und Gesellschaft, die Gegensätze sind wie etwa Staat und Kirche[180]), durch Identifizierung beider ausgelöscht, wie es z. B. der Marxismus tut, so ähnelt diese Gleichheit der von Mann und Weib vor dem Gesetz, das das Weib nach der Elle des Mannes mißt, besser noch: der Einheit eines Schafes mit einem Löwen, der eben dieses Schaf aufgefressen hat[181]). Selbst kann der Staat nur dem Leben Form geben, nicht Leben zaubern[182]), und das sorgsam gepflegte Kanalsystem seines Rechts steht leer, wenn es nicht die Gesellschaft mit ihren Lebensströmen speist. Auch bei der Erfüllung seiner eigentlichsten Aufgabe, der Ordnungs- und Rechtssetzung, steht der Gesetzgeber also unter dem ungeschriebenen Gesetze: salus rei publicae suprema lex esto[183]), und ebenso ist jedes Recht wie Ihering sagt: „Bahn zum Ziele des Gemeinwohls"[184]) eine, das jedesmalige Zurückgreifen auf das Gemeinwohl ersparende Regel[185]).

Neben die ursprünglichen Staatszwecke der Macht und des Rechts, an deren Verwirklichung, wie wir sahen, bereits die Stimme der Allgemeinheit mannigfachen Anteil hat, wurde von jeher das Gemeinwohl noch als besonderer Staatszweck, sei es als Forderung, sei es bereits als wirkende Kraft gestellt.

Wie es aus der notwendigen Unzulänglichkeit eines, das ganze menschliche Leben in seinen so vielgestaltigen Äußerungen berücksichtigenden Systems folgt, hält das gesetzte Recht die Gewebe der gemeinen Interessen nur in seinen gröberen und greifbareren Hauptknüpfungspunkten[186]). So müßten Tausende von Stimmen ungehört verhallen, gäbe es nur den unbeholfenen Mechanismus der starren Rechtssätze. Eine kasuistische Verästelung, wie sie z. B. das Allgemeine Landrecht hervortrieb, darf niemals ein erwünschtes Ziel sein, denn sie bedeutet eine

176) Rosenstock, Werkstattaussiedlung, S. 269.
177) Rosenstock, Ewiger Prozeß, S 18
178) Ebenda, S. 21.
179) Rosenstock, Das Mannschaftshaus der 103. Infanteriedivision in seiner Erwachsenenbildung, S. 16.
180) Rosenstock, Werkstattaussiedlung, S. 4.
181) Mautner, Bolschewismus, S 149
182) Rosenstock, Werkstattaussiedlung, S. 235.
183) Rosenstock, Neue Grundbegriffe des Privatrechts, Bl. 10.
184) Zit. nach Leuthold Öffentliches Interesse, S. 338
185) Leuthold, Öffentliches Interesse, S. 338. Laun, Das freie Ermessen und seine Grenzen, S 47.
186) Leuthold, Öffentliches Interesse, S. 338

Abdrosselung aller Lebenskanäle. Deshalb ist es kein bloßer Mangel, wenn das alte Rom[187]) und noch das heutige England mit seinem Begriffe des Public policy einen Teil des Aufgabenkreises des Gesetzgebers dem Richter überließ und noch überläßt[188]). Wird das Recht nämlich zu unvorsichtig weit in den Bereich der gesellschaftlichen Mächte vorgetrieben, so fordert sicher eines Tages der rechtsheischende Mensch gebieterisch wiederum seinen Einlaß[189]). Deshalb muß jeder Gesetzgeber auch jenseits des Gemeinwohlstaatszweckes die gesellschaftlichen Mächte in Staat und Recht einströmen, den Zweck des Rechtes — wie in der Arbeitszeitverordnung — am gegebenen Orte in die Sphäre des gesetzten Rechtes so unvermittelt hinuntertreten lassen, wie etwa den Träger der Rechtssetzung, das Volk, im Volksentscheid und als Träger der Rechtsfindung in den Geschworenengerichten alter Art, daß sich sodann jedes Tun zum Gemeinwohl vollende, das nach der berühmten Devise des Industriellen Krupp Sinn und Zweck aller Arbeit ist[190]). Oft wird es sich bei der Schaffung des Gesetzbegriffes Gemeinwohl um eine letzte Ausnahme von der Regel[191]), um eine Kollision innerhalb des öffentlichen Interesses selbst handeln, über die die Entscheidung der in der Allgemeinheit wachen Vernunft selbst entnommen werden soll[192]). Um die Regelung von Ausnahmen handelt es sich, wie dargelegt, auch bei der Arbeitszeitverordnung.

Das Gemeinwohl aber, das durch diesen Akt aus der Sphäre der politischen Entscheidung herabsteigt, gewinnt damit festere Konsistenz. Es wird selbst Gesetzesbegriff, Titel, statt Motiv[193]), und über seinen Inhalt entscheiden nicht mehr Allgemeinheit oder der jeweilige souveräne Gewalthaber[194]), sondern maßgebend sind wie für jedes Gesetz die bei seiner Verkörperung wirksam gewordenen Kräfte.

2.

Der Gemeinwohlbegriff als Staatszweck würde nur die philosophische Darlegung, zu welchen Folgerungen bestimmte Weltanschauungsgruppen gelangen müßten und die historische des

187) Rosenstock, Industrierecht, S. 160.
188) Rosenstock, Neue Grundbegriffe des Privatrechts, Bl. 3.
189) Rosenstock, Neubau der Rechtsgeschichte, S. 134.
190) Vgl. Rosenstock, Neue Grundbegriffe des Privatrechts, Bl. 4.
191) Michel, Gemeinwohl, S. 37.
192) Leuthold, Öffentliches Interesse, S. 372.
193) Layer, Enteignungsrecht, S. 18.
194) So jedoch Meinecke, Staatsräson, S. 21.

Inhaltes zulassen, welche Zwecke jeweils verwirklicht wurden. Erst der Gesetz gewordene Gemeinwohlbegriff gestattet eine Deutung des Begriffes selbst. Hier erhebt sich nun die neue Frage, ob es sich bei dem Gemeinwohl um einen Rechtsbegriff handelt, der auch eine Bestimmung seines Inhaltes erlaubt, oder um einen Ermessensbegriff, der nur die Grenzziehung zur Willkür zuläßt[195]). Auch praktisch wird die Zuweisung des Gemeinwohlbegriffes zu der einen oder anderen Kategorie gerade in der Arbeitszeitverordnung wichtig. Da die behördliche Genehmigung von Mehrarbeit für den Fall, daß bereits in einem Tarifvertrag die Überschreitung der Zehnstundengrenze vorgesehen ist, auch generell erfolgen kann, kann der Einzelfall der Entscheidung des Arbeitgebers überlassen und somit der Nachprüfung des Strafrichters ausgesetzt sein[196]), der richterlichen Nachprüfung können aber, falls nicht gesetzlich Anderes angeordnet[197]), nur Fragen des Rechtes unterliegen[198]).

Es geht nicht an, wegen der Diskrepanz zwischen einfacher und strikter Gesetzesgebundenheit[199]) den Unterschied zwischen der kategorischen Norm, den richtig verstandenen Willen des Gesetzgebers zu treffen[200]), und der disjunktiven zu leugnen, die ganz allgemein dem öffentlichen Interesse zu dienen[201]) anbefiehlt, wie es oft geschieht[202]), denn würde nicht auch bei reinen Rechtsfragen die Anschauung schwanken, so wäre die Entscheidungsperson überflüssig. Für diese selbst gibt es aber eine Alternative nicht[203]).

Die herrschende Meinung läßt den Begriff des Gemeinwohls wie den fast synonymen des öffentlichen Interesses nicht als Rechtsbegriff gelten. Sie erklärt ihn für nicht definierbar[204]), für eine allgemeine Wendung[205]), die als erfüllt anzusehen dem Interessierten nicht schwer fallen dürfte[206]), die indes ob des Spielraums „für die Gewalttätigkeiten herrschsüchtiger Menschen" dem Geiste einer guten Gesetzgebung unbedingt zuwider-

195) Jellinek, Verwaltungsrecht S. 35.
196) Erdmann, Verordnung über die Arbeitszeit, 1927, S. 134, Anm. 7c.
197) Hatschek, Verwaltungsrecht, S. 362.
198) Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung usf. S. 196, 197.
199) Laun, Das freie Ermessen und seine Grenzen, S. 60.
200) Thoma, im Verwaltungsarchiv, Bd. 40, S. 444.
201) Laun, Kategorische und disjunktive Normen, S. 164.
202) Vgl Graf zu Dohna, in JW. 1922, 1011 zu 4 und 5.
203) Laun, Das freie Ermessen und seine Grenzen, S. 56.
204) So Drews, Preußisches Polizeirecht, S. 12.
205) So Rosenstock, Industrierecht. S. 48 für den Gemeinwohlbegriff der Kartellverordnung
206) Krückmann, Enteignung und Einziehung, S. 37 zu Art. 153 RV.

liefe[207]) für eine Tatfrage[208]), über deren Vorliegen das Ermessen[209]) „die konkrete Dezision der souveränen Instanz“[210]) entscheide, die auch niemals in der Wahl dessen, was öffentliches Interesse sein soll, grobe Ermessensfehler begehen könne[211]). Es ist deshalb bezeichnend, wenn ein Rechenschaftsbericht über die bisherige Tätigkeit des Kartellgerichts von Curtius[212]) ausführt, daß sich die Beantwortung der Frage, ob Sperrmaßnahmen das Gemeinwohl oder die Gesamtwirtschaft gefährdet hatten, regelmäßig „erübrigt“ habe, da die Einwilligung in sie schon stets aus anderen Gründen zu versagen gewesen wäre.

Was die herrschende Lehre zu der Zuweisung des Gemeinwohlbegriffes zu den Ermessensbegriffen führt, ist vor allem die Weite dieser Rechtsformel, die den Richter zwingt, sich eigene Wege zu bahnen, wo ihn ein Gesetz nach Art des Allgemeinen Landrechts am Gängelbande gehalten hätte. Solche Weite verträgt sich, so meint man, mit einer Norm des gesetzten Rechtes nicht. Indessen geht diese Auffassung von einer so scharfen Trennung der Funktionen von Gesetzgeber und Richter aus, wie sie in Wirklichkeit nicht besteht.

Wurde, wie wir sehen, auch der Gesetzgeber von den Parteien des Volkes erst in Bewegung gesetzt, Gesetzesrecht zu finden, so ist ihm auch — wie dem Richter das Urteil — das Gesetz nach seinem Ausspruche wiederum entwunden. Die Parteien haben die Macht, wie von einem Urteil, so auch von dem Recht keinen Gebrauch zu machen. Anderseits kann aber auch ein Gesetz zu einer vom Gesetzgeber nie geahnten Entfaltung gelangen. Nicht immer hat also der Gesetzgeber die Macht, das Recht wirksam ins Leben zu setzen, denn dazu, daß Gesetzesrecht auch gilt, gehört, daß es von der Rechtsprechung anerkannt und angewandt wird[213]). Recht ist anzuwendendes Recht, nicht Recht, das in Gesetzbüchern und Bibliotheken verstaubt[214]). Andererseits zeigen wieder die Polizeiformel des Allgemeinen Landrechts[215]) oder die Bedeutung des § 242 BGB. in der Aufwertungspraxis, wie sehr das Leben und Wirken einer Rechts-

207) So Treichler, Über zwangsweise Abtretung von Eigentum.
208) So OVG. I, S 259 Michel, Gemeinwohl, S. 59 Lehnisch-Fischer, Kartellgesetz, S. 127.
209) Klehmet, Arbeitszeitverordnung, S. 64
210) Carl Schmitt, Verfassungslehre S 49.
211) Laun, Das freie Ermessen und seine Grenzen, S 66.
212) Vgl. Verhandlungen des Reichstages, 3. Wahlperiode, 1924.
213) Endemann, In Festgabe für das Reichsgericht.
214) Sauer, in seinem Dezember 1927 abgeschlossenen Beitrag zur Reichsgerichtspraxis in der Festgabe für das Reichsgericht.
215) Vgl. Hatschek, Verwaltungsrecht, S. 117; Rosin, Polizeiverordnungsrecht, 2, S. 124.

norm dem Gesetzgeber aus der Hand genommen ist. Handelt es sich bei der Interpretation allerdings auch nicht darum, sich das Gesetz als konstante lebendige Kraft dadurch dienstbar zu machen, daß man ihm eines von vielen, an sich möglichen Lösungs- besser: Losungsworten zuruft[216]), sondern um die logische Tätigkeit der Ermittelung dessen, was der Gesetzgeber denken mußte, um das ausdrücklich Angeordnete begründeterweise denken zu dürfen[217]), so handelt es sich eben doch nicht mehr um die historische Ermittelung der wirklichen anschaulichen Vorstellung des Gesetzgebers[218]). Der Richter darf und muß vielmehr die Gesetzesverfasser besser verstehen, als sie sich selber verstanden haben, er muß, etwas „was nicht deutbar, dennoch deuten, was nicht geschrieben wurde, lesen, Verworrenes beherrschend binden und Wege noch im Ewig-Dunkeln finden"[219]).

Wird demnach das Recht nicht durch die Gesamtheit der Normen, sondern die Gesamtheit der Entscheidungen dargestellt[220]), so ist auch der Richter eine am Recht mitwirkende Gestaltungsmacht[221]), die immer wieder die Wirklichkeit neu vergegenwärtigen[222]), die Lehre des Gewordenen unter der andringenden Kraft des Werdenden in Frage ziehen[223]) und von der Zukunft her in die Vergangenheit zurückleuchten muß[224]). Deshalb ist der Ausspruch des Richters genau so wie der des Gesetzgebers nicht „Erkenntnis" des Rechts, wie es ist, sondern Gebot dessen, wie es sein soll, also ein Akt der Erziehung[225]), der Akt eines in die Gesellschaft eingebauten Widerstandes, sozusagen eines soziologischen Transformators. Erst daraus erklärt sich übrigens die vielfach mit verlegenem Schweigen übergangene Tatsache, daß dem Richter bei der Entscheidung nicht die später nach allgemeingültiger Logik abgefaßten Gründe[226]), sondern die praktische Zweckmäßigkeit, die praktische Vernunft voranleuchten[227]) und daß die Urteilsfindung ein fast unbewußtes Finden auf Grund eines abgekürzten oder, wie Leibniz sagt, ver-

216) Wie es Kohler will, vgl. Enneccerus, Lehrbuch, I, 1 S. 107.
217) Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 196
218) Wie es Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung usf. S. 163 will. Dagegen auch Rosenstock, Industrierecht, S. 104.
219) Die Schlußverse von Hugo von Hofmannsthals' Der Tor und der Tod.
220) Vgl. Hermann Isay: Rechtsnorm und Entscheidung, 1929.
221) Rosenstock Industrierecht, S. 104.
222) Rosenstock, Soziologie, S. 11.
223) Rosenstock, Lebensarbeit, S. 2.
224) Rosenstock, Industrierecht, S. 162
225) Rosenstock, Industrierecht, S. 165.
226) Isay, Rechtsnorm und Entscheidung.
227) Rosenstock, Industrierecht. S. 160; Andragogik, S. 195; Glungler, Rechtsschöpfung und Rechtsgestaltung.

worrenen dunklen Denkens ist[228]), dem die Nachprüfung an Hand der Rechtsnormen erst folgt, die sich aber trotzdem erst durch diese Gründe zum Recht vollendet[229]). Der Richter, der sich also mit dem Gesetz nicht einfach als einmalig erklärtem Gemeinwillen begnügen kann[230]), ist vom Gesetzgeber nicht grundlegend verschieden, sondern wie er ein Grenzwert, ein Funktionsträger aus einem Kraftfeld[231]). Die große Selbständigkeit der Rechtsfindung, zu der das Gemeinwohl den Richter nötigt, kann also keine Ursache abgeben, es von den Rechtsbegriffen auszuschließen. Die Prüfung des Gemeinwohls stellt an den Richter keine anderen Aufgaben, als das Recht sonst, das ihn in weitestem Umfange nötigt, sich wirtschaftliche und soziale Folgen klar zu machen[232]), mag auch die Verwaltung für Spezialgebiete des öffentlichen Interesses besonders sachverständig in der Auslegung des Begriffes sein[233]).

Ebensowenig kann das Gemeinwohl deshalb den Ermessensbegriffen zugerechnet werden, weil freies Ermessen für den vorzugsweise auf öffentliches Interesse und Gemeinwohl verwiesenen Verwaltungsbeamten charakteristisch, wenn nicht sogar notwendig sei[234]). Wegen der Verantwortlichkeit ihrer Zentralinstanz vor dem Parlament müsse die Verwaltung diesem frei von gesetzlichem Zwange gegenüberstehen und in der Lage sein, die Unterbehörde durch Ersetzung der starren äußeren Zwangsnorm durch die gefügigere innere Norm des Dienstbefehles an ihre Auffassung des Begriffes zu binden[235]). Auch bei einem reinen Rechtsbegriff ist die Verwaltungszentralinstanz sehr wohl in der Lage, die nachgesetzte Behörde auf ihre authentische Interpretation[236]) zu verpflichten und so zu einem „Verzicht auf die praktische Geltendmachung eines eigenen, von der Regierung abweichenden Standpunktes, einer Resignation auf selbständiges Handeln in einer den Wünschen der Exekutive zuwiderlaufenden Richtung" zu veranlassen[237]).

228) Vgl. Levin. Der dritte Rechtszug. DJZ. 1930, S. 32.
229) Rosenstock, Industrierecht S. 162.
230) Rosenstock, Industrierecht, S. 100.
231) Rosenstock, Industrierecht, S. 167.
232) Isay-Tschiersky: Studien im privaten und öffentlichen Kartellrecht, 1922, S. 60, vgl. auch dazu Rosenstock, Industrierecht. S. 168
233) Laun, Polizeigewalt, öffentliches Interesse und Rechtskontrolle, HGZ. 1922, Beibl. zu Nr. 21 22
234) Laun, Das freie Ermessen und seine Grenzen S 25.
235) Laun, Polizeigewalt, öffentliches Interesse und Rechtskontrolle. Ferner: Das freie Ermessen und seine Grenzen. S 74.
236) Hupperschwiller: Der Begriff des öffentlichen Interesses in § 376 StPO.
237) von Holtzendorff, Die Umgestaltung der Staatsanwaltschaft.

Gegen die Ermessensnatur des Gemeinwohlbegriffes spricht aber vor allem die Absurdität einer solchen Erlaubnis, vermöge eines in das Rechtssystem eingefügten Begriffes an den Grundlagen des Staates, also des Schöpfers der Ermächtigung selbst zu rütteln[238]), etwa um eine Entscheidung zwischen sozialistischem und mittelalterlichem Staate zu treffen[239]). Auch der Reichspräsident selbst kann nicht auf Grund des Gemeinwohlbegriffes des Art. 48 der RV. ihren Art. 1: „Das Deutsche Reich ist eine Republik" außer Kraft setzen[240]), um aus der Verfassung heraus die Verfassung in Flammen aufgehen zu lassen.

Erhält aber der Begriff des Gemeinwohls seine Bestimmung nicht durch das einzelne Staatsorgan, sondern durch die Auffassung der Gesamtheit[241]), die der Richter zu ergründen hat, so handelt es sich bei ihm nicht mehr um einen Ermessens-, sondern einen Rechtsbegriff. Die Weite des Begriffes steht dem nicht entgegen, da er, wie jeder Rechtssatz, seine Wirkung auf unbestimmt wen ausübt[242]). Ruht auch das Gemeinwohl zwar nicht vollständig in sich selbst, — denn es erhält seinen Inhalt durch die Anschauungen der gesellschaftlichen Mächte —, so teilt es dieses Schicksal dennoch mit den übrigen abgeleiteten Rechtssätzen: Verordnung und autonome Satzung, die ebenfalls ausdrücklich auf die ursprünglichen Rechtsquellen verweisen müssen, denen sie ihre Wirksamkeit verdanken, und erweitert so den Kreis der abgeleiteten Rechtsquellen durch faktische Bildung nicht anders als es die Revolution als rechtsschaffender Akt mit dem Kreise der ursprünglichen tut[243]). Diese Bejahung der Rechtsnatur des Gemeinwohlbegriffes, die allerdings nur den Anschluß an einen kleinen Teil der Lehre und Rechtsprechung gestattet[244]), schafft Platz für ihre auch den Inhalt ergreifende Analyse.

238) Carl Schmitt, Hugo Preuß in der deutschen Staatslehre Neue Rundschau, 41, S. 294.
239) Laun, Das freie Ermessen und seine Grenzen, S. 61.
240) Anschütz, Verfassung, S. 175
241) Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung usf. S. 71, Verwaltungsrecht, S. 32, Hanseatische Zeitschr. 1924, Sp. 231 Layer: Enteignungsrecht, S. 190.
242) Jellinek Verwaltungsrecht, S. 128 ff.
243) Jellinek, ebenda.
244) OVG. 67, S 332. Jellinek, Verwaltungsrecht. S. 128 ff. für bestimmte Fälle auch bejahend Thoma im Verwaltungsarchiv, Bd 20, S. 443. Hanseatische Rechtszeitschritt 1924, Sp. 231. Ferner bejaht auch Potthoff, Arbeitszeitverordnung, S. 12 die richterl. Nachprüfbarkeit.

III.

Der Inhalt des Gemeinwohlbegriffes.

Der Verfasser, der sich zur Klarlegung des Gemeinwohlbegriffes selbst anschickt, sieht sich dabei einer Hochflut von Fundstellen gegenübergestellt, die sämtlich zu verwerten unmöglich seine Aufgabe sein kann, um so mehr, als besonders die älteren Schriften recht scholastischer und widerspruchsvoller Art sind[245]). Z. B. bemerkt Leuthold (seine Schrift erschien 1884) überdoktrinär, daß von einem öffentlichen Interesse an Naturtatsachen, wie etwa an atmosphärischen Einflüssen zu reden ungebräuchlich sei[246]), und zwei Jahre später versuchte Neumann sogar ein objektives öffentliches Interesse zu konstruieren[247]), also ein unpersönliches Anteilhaben, das will heißen, einen „ganz vollkommenen Widerspruch"[248]). Auch von den neueren Schriftstellern werden viele einer vom Wesen der Arbeitszeitverordnung ausgehenden Kritik nicht standzuhalten vermögen.

Da Interesse der Anteil eines Subjektes in bestimmtem Grade an einem Objekt ist, sei dies verwirklicht oder erst zu verwirklichen[249]), so zerfällt die Untersuchung des Gemeinwohlbegriffes in die der (All) gemeinheit und in die dessen, was diese Allgemeinheit als ihr Wohl und Wehe erkennt und empfindet.

1.

Was zunächst die Stellungnahme zum Objekte des Anteilhabens, zum Wohl und Wehe anlangt, darf den Gerichten und Schriftstellern gewiß darin gefolgt werden, daß das Interesse an Luxus als den verfeinerten Dingen einer Sonderzahl niemals der

245) Vgl. die Beurteilung durch Nipperdey, Kontrahierungszwang, S. 33 und Layer, Enteignungsrecht, S. 190.
246) Leuthold, Öffentliches Interesse, S. 325.
247) Neumann, Das öffentliche Interesse, S. 357.
248) Vgl. die Kritik bei Layer, Enteignungsrecht, S 203.
249) Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung usf. S. 68.

Allgemeinheit als öffentliches Interesse zugerechnet werden kann, handele es sich um das Wohlergehen der Konsumenten oder das Prosperieren der Industrie. Aber auch insoweit, als sich das Trommelfeuer der Anpreisungen[250]) gehaltloser Reize an alle wendet, ist ihre Produktion doch vom Standpunkte der Allgemeinheit nur bewußte Material- und Zeitverschwendung[251]), nichts, was das Wohl der Allgemeinheit erforderte. Deshalb ist das „bloße Vergnügen, selbst des Publikums" kein Expropriationsgrund[252]), es fallen Wirtschaftskämpfe auf dem Gebiete der Luxusindustrie[253]), etwa eine Monopolisierung des Kaviarhandels[254]), nur dann unter die Kartellverordnung), wenn es gerade gegen die „schnöde Gewinnsucht"[256]) einzuschreiten gilt oder über die Branche hinaus beispielhafte Wirkungen zu befürchten sind. Wohl mit Fug durfte sich dagegen wegen des Anteilhabens der Allgemeinheit, juristisch: des Gemeingebrauches das italienische Gesetz, das die Enteignung zum Zwecke der Ausgrabungen zuließ[257]), der französische Senatsbeschluß, auf Grund dessen die Boulevards entstanden sind[258]) und vielleicht selbst die Enteignung in Budapest bei Schaffung der Prachtbauten „zur Befriedigung des nationalen Stolzes, Hebung des Ansehens Ungarns sowohl Cisleithanien als auch dem eifersüchtigen Kroatien gegenüber"[259]) auf das Gemeinwohl stützen.

Diese Feststellung ist aber wohl auch die einzige, die in bezug auf die Zeit und die Zahl der gesetzlichen Anwendungsfälle des Gemeinwohlbegriffes eine gewisse Allgemeingültigkeit besitzt. Sonst ist seine Deutung selbst innerhalb derselben Zeitebene abhängig von der Zwecksetzung des einzelnen Gesetzes. So ist der Inhalt des Gemeinwohlbegriffes ein anderer in der Polizeiformel, ein anderer in den Enteignungsgesetzen, ein anderer in der Kartellverordnung. Das eine Mal mag er mit allgemeinem Friedenschutz, das andere Mal als Interesse an einer bestimmten Wertbewegung, insbesondere im Grundstücksverkehr, im Kartellrecht endlich als Kaufkraftschutz[260]) oder Ver-

250) Rosenstock, Lebensarbeit, S. 38.
251) Rathenau, Die neue Wirtschaft, S. 36.
252) Meyer, Recht der Expropriation, 1868, S. 167. Häberlin: Die Lehre von der Zwangsenteignung, 1856, S. 161.
253) Lehnisch-Fischer, Kartellgesetz, S. 127.
254) Goldbaum, Kartellrecht und Kartellgericht, S. 169.
256) Staffel: Verordnung gegen den Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen, S. 1 ff.
257) Neumann, Öffentliches Interesse, S. 404.
258) Layer, Enteignungsrecht, S. 185.
259) Neumann, Öffentliches Interesse, S. 404.
260) Rosenstock, Industrierecht, S. 48.

braucherschutz[261]) schlagwortartig bezeichnet werden. Gerade in bezug auf die Zwecke, die es zu verwirklichen galt und gilt, ist das Gemeinwohl ein Rechtsbegriff von einer einzigartigen Umfassendheit, der die Wirtschaft in sich begreift[262]), sich aber nicht auf diese beschränkt[263]) und auf den Anprall von Krieg, Überschwemmung, Seuchen[264]) ebenso genau reagiert wie auf die feingesponnensten Komplotte gewiegter Händler.

Bereits an dieser Feststellung hat jedoch die erste Kritik an der Verwendung des Gemeinwohlbegriffes in der Arbeitszeitverordnung einzusetzen. Zuviel und zu wenig zugleich ist für das Gefüge eines reinen Wirtschaftsgesetzes ein Begriff, in dem sich die Gesamtheit mit all ihren Zwecksetzungen, also auch politischen und ethischen, wiederfindet und der deshalb die Wirtschaft nur als eines unter vielen Elementen in sein Gedankengebäude eingliedert.

Noch unsteter ist der Begriff von dem, was dem Wohle frommt, in der Vertikale der Zeit. Im Wechsel der Zeit, mit der sich die Wertungen der gesellschaftlichen Erscheinungen oft ins Gegenteil verkehren[265]), hat tatsächlich fast nichts, was schädlich oder nicht schädlich sei, Grenzen[266]), fällt fast alles, wie Hegel meint, in die „Verstandesunendlichkeit"[267]). Unmöglich kann auch der Gemeinwohlbegriff „unveräußerlich und unzerbrechlich wie die Sterne selbst" sein, wenn weder in der menschlichen Natur das vom Naturrecht geglaubte Arsenal gebrauchsfertiger Rechtssätze schlummert[268]), noch auch selbst das vom Staate gesetzte Recht[269]) genau wie der Staat selbst[270]) dem unerbittlichen Gesetz des Stirb und Werde entzogen ist.

Allerdings haben noch sämtliche neue Rechtskodifikationen[271]), als letzter 1917 der Papst[272]), geglaubt, die Rechtsgestaltung der Zukunft endgültig meistern zu können. Dagegen erkennt jetzt mehr und mehr auch das Gesetz seine Vergänglichkeit und Sterblichkeit dadurch an, daß es ähnlich wie die Einigungen auf dem Arbeitsmarkt, wenn auch noch nicht wie das

261) Lehnisch-Fischer, Kartellgesetz, S. 72.
262) So Staffel, Verordnung gegen den Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen, S. 1 ff.
263) So indessen Goldbaum, Kartellrecht und Kartellgericht, S. 69.
264) Klehmet, Arbeitszeitrecht, 1923 S. 64.
265) Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung usf. S. 68; Drews, Preußisches Polizeirecht. S. 14.
266) Hatschek, Verwaltungsrecht, S. 118.
267) Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 234, S. 184.
268) Rosenstock, Ewiger Prozeß des Rechts, S. 17. Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 5.
269) Rosenstock, Industrierecht, S. 121, Neubau der Rechtsgeschichte, S. 173; Alter der Kirche I: Herz der Welt (Haupt und Herz) S. 21.
270) Rosenstock, Industrierecht, S. 161.
271) Rosenstock, Neue Grundbegriffe des Privatrechts, Bl. 11.
272) Rosenstock, Neubau der Rechtsgeschichte, S. 134.

alltägliche journalistische Recht Rußlands[273]) — in Deutschland zuerst das Kaligesetz von 1910[274]) — seine Wirksamkeit von vornherein begrenzt. Während also früher nur die Rückwirkung der Gesetze, ihr Eingriff in wohlerworbene Rechte, die Freistellung des Angeklagten von der Rückwirkung des schwereren Gesetzes interessierte[275]) und man die Frage des Endtermines der Revolution überließ, empfindet man die Gefahr unbegrenzter „V o r wirkung" heute bereits so stark, daß in einem Entwurfe eines neuen Polizeiverwaltungsgesetzes sogar vorgesehen ist, daß sämtliche Polizeiverordnungen nach 30 Jahren automatisch außer Kraft treten[276]). Konnten also bislang kraft Schlendrians Gesetze sich „wie eine ewige Krankheit" forterben, so bedarf es bei dem befristeten Gesetz zur Erneuerung der Wirksamkeit abermals, wie Bismarck sagt, eines Herunterdrückens der Klinke der Gesetzgebung[277]). Da auch die Arbeitszeitverordnung halb und halb zu den befristeten Gesetzen gehört — sie ist auf Grund des Ermächtigungsgesetzes vom 8. Dezember 1923 von der Reichsregierung vorbehaltlich einer späteren endgültigen Regelung erlassen worden[278]) — ist der Gemeinwohlbegriff also doppelt von der Zeit getragen.

Die Zeitbedingtheit dessen, was das Wohl der Allgemeinheit ausmacht, wird von der Rechtsprechung durchaus gewürdigt. So weigert sich mit Recht der Reichsfinanzhof[279]), Antialkoholikerbestrebungen als gemeinnützig im Sinne des Körperschaftssteuergesetzes anzuerkennen, solange „die Mehrheit des Volkes über den Alkohol genau so denkt wie h e u t e". Gerade diese Stellungnahme der Rechtsprechung macht aber auch deutlich, wie wenig der Gemeinwohlbegriff in die Arbeitszeitverordnung harmonisch paßt. Die Wurzeln des Gemeinwohlbegriffes jedenfalls reichen noch herunter in die Zeit des Glaubens an eherne unvergängliche Gesetze und machen sich auch im Gemeinwohl die vielstimmigen, stets gewandelten Anschauungen der Gesellschaft geltend, so ist doch der Begriff selbst beherrscht von „falscher, toter Ewigkeit"[280]).

273) Rosenstock, Neue Grundbegriffe des Privatrechts. Bl. 2 und 11.
274) Vgl. dazu Rosenstock, Industrierecht, S. 121, Neue Grundbegriffe. Bl. 11
275) Rosenstock, Industrierecht, S. 120. Neue Grundbegriffe, Bl. 11.
276) DJZ. 1930, Sp. 1477.
277) Rosenstock, Neue Grundbegriffe, Bl. 12.
278) Vgl. Hoeniger-Hoeniger, Arbeitsrecht, 1929, S. 410 411 und RGBl. 1923 I, S. 1179.
279) Urteil des Reichsfinanzhofs vom 5. 11. 1929 in DJZ. 1930, Sp. 437.
280) Rosenstock, Lehrer oder Führer? S. 68.

2.

Festere Regeln als wie für den Gegenstand des allgemeinen Anteilhabens hat die Rechtsprechung für die Abgrenzung der Allgemeinheit, also den von der Tangente des Gemeinwohls berührten Personenkreis aufgestellt. Keine Schwierigkeit bereitet es für sie, ein Gemeininteresse dann anzunehmen, wenn der Staat selbst die Sorge für das Gemeinwohl sich ausdrücklich zur Aufgabe gemacht[281]) und so zu einem absoluten öffentlichen Interesse[282]) oder öffentlichem Interesse „im engeren Sinne"[283]) erhoben hat. Da aber sich im Gemeinwohl doch außerstaatliche gesellschaftliche Mächte geltend machen, mußte man es notgedrungen auch da anerkennen, wo es der Staat nicht unmittelbar in seinen Aufgabenkreis einbezog[284]). Bezeichnend ist, daß man aber auch hier für diesen Gemeinwohlbegriff fordert, daß der Staat das Interesse anerkennt und sich hinter das begünstigte Individualinteresse stellt[285]). Andererseits mußte dieses gemeine Interesse auch abgegrenzt werden vom bloßen Sonderinteresse, das sich übrigens keinesfalls in bloßem Eigensinn und Eigennutz zu erschöpfen braucht[286]). Einer älteren Lehre, die eine örtliche Zusammenfassung des Personenkreises verlangt, und die die Hausgemeinschaft noch nicht, schon aber die ortsnachbarliche diesem Erfordernisse genügen ließ[287]), hat man nicht mit Unrecht entgegengehalten, daß örtliche Interessen, die leicht durch einen Mandatar geltend gemacht werden können, wohl in der Regel gerade Sonderinteressen sein werden[288]). Layer[289]) erkennt deshalb neben den organisierten öffentlichen Verbänden juristischer Persönlichkeit solche Kreise als Träger des öffentlichen Interesses an, die eine Potenz im öffentlichen Leben darstellen, mögen sie nun tatsächlich an typische Institutionen des öffentlichen Lebens besonders in örtlicher Beziehung anknüpfen oder mit ihnen lediglich die Dauer des Interesses und die Unabhängigkeit vom Wechsel der Mitglieder teilen. Auch das Publikum als Träger der öffentlichen Meinung läßt Layer als

281) Nipperdey, Kontrahierungszwang, S. 33
282) Layer, Enteignungsrecht, S. 222.
283) Sauer Grundlagen des Prozeßrechts, S. 41.
284) Layer, Enteignungsrecht, S. 155. Kleeberg, § 75, Einleitung zum ALR. S. 89. Eisenbahnrechtliche Entscheidungen, Bd. 20, S. 473. Hachenburg, G. m. b. H-Gesetz II, Anm 2 zu § 62
285) Nipperdey, Kontrahierungszwang, S. 33; Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung usf. S. 70
286) Layer, Enteignungsrecht, S 203.
287) Leuthold, Öffentliches Interesse, S. 331,
288) Neumann Das öffentliche Interesse, S. 357 ff.
289) Layer, Enteignungsrecht, S. 209.

Allgemeinheit nur dann gelten, wenn es trotz des fluktuierenden Wechsels seiner Mitglieder im Einzelfall eine dauernde Interessengemeinschaft bildet[290]).

Was an dieser Lehrmeinung aufschlußreich ist, ist vor allem der stets wiederholte Versuch, den Personenkreis, der Träger des Allgemeinwohls sein kann, vom Staate abstempeln zu lassen oder sonst irgendwie mit ihm in Beziehung, mindestens aber in Parallele zu setzen. So wird fühlbar, wie sehr vom Gemeinwohlbegriff aus das nicht staatliche Eigenleben noch als vom Staat beherrscht geglaubt wird und wie tief von ihm aus die einzelne Tätigkeit unter der Autorität des Staates verläuft[291]), für den das Volk nicht viel mehr als ein Gegenstand der Statistik und ein Objekt der Gesetzgebung ist[292]), und der noch heute ein für sich geschlossenes Ding sein möchte wie etwa die Familie[293]). Immer wird dem Gemeinwohlbegriff etwas von dem Geiste anhaften, aus dem heraus z. B. Leuthold die Klasse lediglich als Störenfried des Gemeinwohls dem öffentlichen Interesse anempfiehlt und „Juden, Zigeuner, Sozialdemokraten, Nihilisten und Jesuiten" als solche Störenfriede zusammenstellt.[294]) Es ist deshalb gewiß nicht zu wenig gesagt, wenn man mit Rosenstock den Gemeinwohlbegriff heute als hohl, dekadent und pathetisch bezeichnet[295]).

Ausländische Personenkreise werden von der Rechtsprechung als Träger öffentlicher Interessen vorwiegend abgelehnt. So hat das preußische OVG.[296]) die Ausländereigenschaft nur dann für unerheblich erklärt, wenn ein Ausländer öffentlich preußische Interessen geltend macht und hat wegen dieser Eigenschaft des Trägers noch von der Bedeutung des Interesses Abstriche gemacht. Ein anderes Mal erklärt das Kammergericht[297]) eine preußische Polizeiverordnung zum Schutze der derzeit außerhalb Preußens gelegenen Pyrmonter Heilquellen um ein Haar für ungültig, und schließlich nur deshalb nicht, weil in Pyrmont viele Preußen zur Kur weilten, die Verordnung deshalb auch in preußischem Interesse erlassen sei. „Aus allgemeinen Grundsätzen des öffentlichen Rechts" hat endlich das preußische Landeswasser-

290) Layer, Enteignungsrecht, S. 209.
291) Rosenstock, Neue Grundbegriffe, Bl 4.
292) Rosenstock, Angewandte Seelenkunde. S. 34
293) Rosenstock, Neue Grundbegriffe, Bl 3.
294) Leuthold, Öffentliches Interesse, S 337.
295) Rosenstock, Neue Grundbegriffe, Bl. 1,
296) OVG. 59 310; Einsprüche in dem durch § 57 Zuständigkeitsgesetz für die Einziehung öffentlicher Wege offengehaltenen Verfahren betreffend.
297) in Johow: 30, cf. 36 ff.

amt[298]) die Einsprüche gegen eine Verleihung von Wasserrechten an der Mulde abgelehnt, die von in Anhalt ansässigen Mühlenbesitzern erhoben waren.

Die in diesen Entscheidungen verkörperte Rechtsauffassung, nach der schließlich auch bei Genehmigung einer Pulverfabrik die Gefahr einer Explosion für den Nachbarn jenseits der Grenze außer acht gelassen werden müßte[299]), ließe sich nicht einmal mehr als heiliger Egoismus rechtfertigen. Deshalb verlangt die Literatur auch Berücksichtigung ausländischer Interessen aber nur da, wo die Nichtberücksichtigung die politischen Folgen der Retorsion und der Repressalie oder die wirtschaftliche des Dumping nach sich ziehen könnte[300]).

Grundsätzlich fällt aber das Gemeinwohl zusammen mit Staatswohl[301]). Das Wort Gemeinwohl hat patriotischen, nicht kosmopolitischen Klang. Das muß gefolgert werden aus seiner historischen Herkunft von den Staatszwecken aus Epochen eines sehr stark betonten Staatsbewußtseins und seiner, bis zum Tagesschlagwort für Parteien und Interessengruppen aller Art mißbrauchten Zitierung in einer Zeit, die sich gern „neumerkantilistisch" nennt[302]). Sehr aufschlußreich ist z. B. auch der stark militärisch-vaterländische Zug in der Wissel-Möllendorfschen Gemeinwirtschaft[303]), in der das bezeichnend schon in der Überschrift anklingende Wort Gemeinwohl Heimatsrecht hat.

Im Zeitalter der internationalen Kartelle, in der das deutsche Kartellgericht eben noch das unterste zweckmäßige Forum ist[304]), ist aber der patriotisch-pathetische Gemeinwohlbegriff nicht mehr tragfähig genug[305]).

Nun könnte es allerdings scheinen, als sei nicht der Begriff des Gemeinwohls selbst in der Arbeitszeitverordnung zu verwerfen, es genüge vielmehr, ihm eine neue Auslegung zu geben, eine andere, als er in anderen Gesetzen zu anderen Zeiten gefunden hat. Eine solche Auffassung würde das Eigenleben der Worte und Begriffe unter- und die Macht von Gesetz und Richter überschätzen.

Gesetzgebung, Rechtsprechung und Rechtslehre wirken an der Realität des menschlichen Verbandes nicht nur als Hoheits-

298) Preuß. Verw. Bl. 1913, Bd 37, S. 233.
299) Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 140.
300) Goldbaum, Kartellrecht und Kartellgericht, S. 69.
301) Rosenstock, Neue Grundbegriffe, Bl. 4
302) Sombart: Ordnung des Wirtschaftslebens, S 61.
303) Vgl. die Denkschrift des Reichswirtschaftsministeriums vom 7. 5. 1919.
304) Rosenstock, Industrierecht, S. 34.
305) Rosenstock, Neue Grundbegriffe, Bl. 5.

träger, als normsetzende Staatsinstitutionen[306]) mit, sondern finden sich schon selbst als Faktor und Funktion[307]) des gesellschaftlichen Lebens in dem ihnen unterbreiteten Tatbestande vor[308]). Wenn die Allgemeinheit dem Staat über sein Wohl und Wehe berichtet, kann sie es nicht anders tun als in den Formen, die ihr der Staat dafür zur Verfügung stellt; in diesen Namen und Worten steckt aber Geist[309]), der Namen, über dessen Brücke alle Mächte zunächst in das Bewußtsein treten[310]), ist zugleich erzieherisch und bestimmend und legt die gedanklichen Assoziationen von vornherein in bestimmter Richtung endgültig fest[311]). Wie bei jedem Tone der Musik die Obertöne, so schwingt auch bei dem Klange eines jeden Wortes seine Geschichte mit, es damit erst zu tiefer Wirksamkeit verkräftend[312]).

Deshalb hören die gesellschaftlichen Mächte bei einem Begriffe nicht das, was der Richter sich dabei denkt, sondern was sie sich dabei denken[313]). Niemals kann also der Sprecher allein darüber befinden, was ein Begriff bedeuten soll, denn die Sprache ist kein gefügiges Werkzeug für ein gruppenloses Individuum, sondern lautgewordener Gemeinwille[314]).

306) Rosenstock, Industrierecht, S. 78, 79.
307) Rosenstock, Industrierecht, S. 170, Neue Grundbegriffe, Bl. 13.
308) Rosenstock, Industrierecht, S 161
309) Rosenstock, Angewandte Seelenkunde, S. 1.
310) Rosenstock, Soziologie, S. 9.
311) Rosenstock, Neue Grundbegriffe, Bl. 5.
312) Fritz Mauthner, Aus dem Nachlaß Voss. Ztg. 12. Okt. 1930.
313) Rosenstock, Industrierecht, S. 162. Soziologie, S 50.
314) Rosenstock, Soziologie, S 155.

IV.

Die Begründung der Mehrarbeitspflicht auf Grund des Gemeinwohls.

Die Brüchigkeit des Begriffes Gemeinwohl wird besonders bei der Untersuchung der an diesen Begriff geknüpften Folgen deutlich. Darf bei Vorliegen der Gemeinwohlsvoraussetzung die Arbeitszeit verlängert werden, so bedeutet das dem Wortlaute nach nicht mehr als eine negative Polizeivorschrift, die den Arbeitgeber bei Überarbeit straffrei macht. Diese Ansicht wird auch vielfach, insbesondere von Potthoff[315]), vertreten, aber sie genügt nicht den Forderungen der Wirtschaft. Die Wirtschaft verlangt darüber hinaus eine Verpflichtung des Arbeitnehmers, diese Mehrarbeit ohne weiteres zu leisten.

Tatsächlich ergibt sich diese Notwendigkeit aus den Folgen ihres Gegenteils[316]). Das Gesetz würde Papier, müßte sich der Arbeitgeber bei Gefährdung des Gemeinwohls auf langwierige Verhandlungen einlassen und unter Umständen erst den Schlichter in Bewegung setzen, dessen Tätigkeit auch überdies durch das Beschwerderecht des Arbeitnehmers gegenüber behördlichen Anordnungen hintangehalten werden könnte[317]). Gerade bei der Bedeutung der Bestimmung muß der Arbeitgeber ohne Umstände zu ihrer Ausnutzung berechtigt sein[318]). Mit Recht wird deshalb von einem Teil der Gerichte der Wirtschaft die geforderte Mehrarbeitspflicht zugesprochen.

Man darf kaum annehmen, daß die Väter der Arbeitszeitverordnung bereits an die Möglichkeit einer solchen Verpflichtung gedacht haben. Das weist darauf hin, daß zu der Anerkennung dieser Verpflichtung offenbar unbewußt Rechtsanschau-

315) Arbeitsrecht. 1927. Sp. 325 Ziff. 3 vgl. auch Arbeitszeit: Festlegung im Betriebe in der Kartenauskunftei des Arbeitsrechts, Abs. 2.

316) So Michel scharf im Gemeinwohl, S. 65.

317) Erdmann, Verordnung über die Arbeitszeit. S. 62; Lange Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 1925 Sp. 586; Michel, Gemeinwohl, S. 65; Neitzel, Kartenauskunftei des Arbeitsrecht, S. 158; Jacobi, Arbeitsrecht, S. 213, 214.

318) Kaskel, Arbeitsrecht, 1928, S. 121. Jacobi, Arbeitsrecht, S. 212, 213.

ungen geführt haben müssen, die ihnen noch nicht geläufig waren. Noch auffälliger wird aber die Tatsache der Anerkennung, wenn sich herausstellt — wie im folgenden darzulegen sein wird —, daß diese Verpflichtung vom Boden des geltenden Rechtes nicht oder nur auf mühevollem Umwege begründet werden kann.

1.

Die herrschende Lehre leitet die Mehrarbeitspflicht nicht aus dem Gesetz selbst, sondern aus Treu und Glauben[319]), Stillschweigen[320]) oder, was im Wesen nichts anderes ist, aus analoger Anwendung des § 612 Abs. 2 BGB.[321]) ab. Das mag trotz der offenkundigen Dürftigkeit einer solchen Begründung hingehen, falls man Treu und Glauben nicht in allen Fällen heranzieht, sondern etwa nur dann, falls der Betriebsrat nach § 78 Abs. 2 BRG. schon zugestimmt hat[322]).

Die Begründung ist aber wohl auch nach geltendem Rechte unrichtig, wenn sie die Mehrarbeitsverpflichtung bei Vorliegen der Gemeinwohlsvoraussetzung stets bejaht, gleichwohl aber auf Treu und Glauben stützt[323]). Läßt man eine Verpflichtung in allen Fällen eines gesetzlich normierten Tatbestandes eintreten, so braucht es ebensowenig wie in den tausend anderen Fällen gesetzlicher Verpflichtung des Hinweises, daß diese Verpflichtung durch das Gesetz deshalb ausgesprochen worden wäre, da Treu und Glauben eine solche Regelung verlangten.

2.

Versucht man aber andererseits umgekehrt über den Begriff des Gemeinwohls selbst zur theoretischen Begründung der Mehrarbeit zu gelangen, so erweist sich auch dieser Weg als verschlossen. Die Untersuchung der Hauptfälle der Verwendung des Gemeinwohlbegriffes ergibt, daß er in der Regel nur Abwehr gestattet, sich nicht gegen ein Recht, sondern ein Unrecht, einen Störer wendet und diesen in seine Grenzen zurückweist[324]). Beispiele für eine solche bloße Abwehr finden sich auf dem Gebiete des Wirtschaftsrechtes vor allem in der Auflösungsmöglichkeit

319) Kaskel, Arbeitsrecht, 1928, S. 121. Klehmet, Arbeitszeitrecht, 1923, S. 54.
320) So Landmann, Gewerbeordnung, II, S. 207 für die Sonntagsarbeit und Syrup, Arbeitszeitverordnung, 1924, S. 95.
321) So Kaskel, Arbeitsrecht, 1928, S. 121.
322) Klehmet, Arbeitszeitrecht, S 54.
323) Jäkel, Gesetzliche Regelung der Arbeitszeit, S. 74, Entwurf eines Arbeitsschutzgesetzes, S. 36, 37 JW. 1925, Sp 1404.
324) Rosenstock, Neue Grundbegriffe, Bl. 8.

von Vereinen, Aktiengesellschaften, Genossenschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftpflicht wegen Verletzung des Gemeinwohls[325]), vor allem aber in der Kartellverordnung, die in § 4 die Bindung zwischen den Mitgliedern der Vereinigung und in § 10 die Verträge zwischen Lieferanten und Abnehmern zu zerschneiden gestattet, sich also gegen den Zwang als äußeren und inneren Organisationszwang wendet, nicht aber einen solchen schafft, nicht durch staatliche Regelung die private Einigung ersetzt[326]). Ebenso handelt es sich bei den Wirtschaftsedikten Friedrich Wilhelms III.[327]) nicht so sehr um die Verpflichtung des Gutsherrn, als vielmehr um die Befreiung der Bauern von ihren Lasten.

Allerdings knüpfen Reichs- und Landesrecht auch das Institut der Enteignung an den Begriff des Gemeinwohls und des öffentlichen Wohles an. Auch finden sich bei älteren Schriftstellern, entsprechend der Terminologie des ALR., das von dem Eigentum an der Substanz eines Rechts spricht[328]), häufig die Wendungen Eigentum und Enteignung in bezug auf Arbeitsleistung und Arbeitskraft[329]), wie ja schließlich auch die Enteignung selbst wegen der Entschädigungsverpflichtung kein Eingriff in das Vermögen ist, der Expropriat vielmehr lediglich durch den Zwang, die Umwandlung seines Eigentums in andere Form zuzulassen, betroffen wird, so daß sich als Kern selbst der technischen Enteignung der Eingriff in die Freiheit herausstellt[330]). Mit der Mehrarbeitspflicht würde die Enteignung übrigens auch noch die Tatsache verbinden, daß auch bei ihr die Entschädigung, die bei der Enteignung meist höher als der Preis des freien Handels ist, kraft Gesetzes den Lohn übersteigen muß. Aber auch hier bei der Enteignung verpflichtet der Staatsakt die auf dem Umweg über die Sachgütersphäre angegriffene Freiheit nur zum Dulden, nicht, wie eine Mehrarbeitspflicht zur Arbeit, der intensivsten Art menschlicher Betätigung überhaupt.

3.

Erhoffen wir uns nun eine theoretische Begründung der Mehrarbeitspflicht aus dem Gedankengefüge des Arbeitsdienstes

35) Vgl. § 43, Abs. 1 BGB. Art. 4, pr. AG zum HGB § 81 Gen. G. § 62 G. m b. H.-Gesetz.

326) Lehnisch-Fischer, Kartellgesetz, S. 66 und S. 101.

327) Vom 14. September 1811. Gesetzsammlung f. d. königl. preuß. Staaten Nr. 21.

328) ALR Teil I, Titel 8, § 1.

329) Wagner, Politische Ökonomie, Bd. 1, 2 S. 277. Layer, Enteignungsrecht, S. 6 Anm.

330) Layer, Enteignungsrecht. S. 27 und 63; Martin Wolff, Reichsverfassung und Eigentum, S. 13.

und der Arbeitspflicht, so werden wir aufs neue enttäuscht. Deutschland kennt keine allgemeine öffentliche Arbeitsdienstpflicht, wie sie in Bulgarien besteht[331]), in Rußland[332]) und Italien[333]) versucht wurde, und auch bei uns von Popper-Lynkeus[334]) und letzthin auch von Potthoff[335]) in Vorschlag gebracht wurde. Aus der Erkenntnis heraus, daß Arbeitsdienst am Volke freiwillig sein muß[336]), die zwangsmäßige Übertragung des heroischen Ausnahmezustandes des Militärs auf die Welt der Arbeit[337]) die Arbeiter zu Kasernenmenschen ohne die Ehre des Soldaten und die Sicherheit des Beamten machen würde[338]), die der heute sterblich gewordene Staat, der unter seiner Beamtenzahl schon fast erliegt[339]), gerade noch in die Arbeitsplätze hineinkommandieren könnte[340]), — besteht bei uns die Pflicht zur Arbeit nur als sittliche Pflicht vor uns und an uns selbst, wenn sie auch („eine Verquickung heterogener Dinge")[341]) die Reichsverfassung in Art. 163 in die inkongruente Form einer Rechtsnorm eingebettet hat.

Allerdings kennt unser Rechtssystem Verpflichtungen öffentlich-rechtlichen Charakters zu ausnahmsweisem Tätigwerden, angefangen etwa von der Pflicht Unbeteiligter zur Auskunft an die Behörde[342]) bis herab auf eine in Braunschweig bestehende Verpflichtung, bei Feuersbrünsten Lärm zu schlagen[343]), in großer Zahl. Aber auch mit der Aufpfropfung einer solch öffentlich-rechtlichen Verpflichtung auf das tägliche privatrechtliche Arbeitspensum wäre theoretisch nichts gewonnen, dagegen praktisch die Mehrarbeitsspanne der Sozialversicherung entzogen, deren Voraussetzung nach der Rechtsprechung des Reichsversicherungsamtes der freie Arbeitsvertrag ist[344]), und mangels Rechtsnormen des öffentlichen Rechtes in ein rechtliches Vakuum gestellt, das sich nur dürftig mit Analogien bevölkern ließe.

---

331) Arbeitsdienstgesetz von 1919, vgl. Groh, Deutsches Arbeitsrecht, S. 78.
332) Gesetz vom 29. Januar 1920. Vgl. Darmstädter Wirtschaftsrecht, S. 147.
333) Carta di lavoro vom 21. April 1927, vgl. Darmstädter, a. a. O.
334) „Die allgemeine Nährpflicht als Lösung der sozialen Frage", 1912,
335) Im Arbeitsrecht, VII, S. 64
336) Rosenstock, Angewandte Seelenkunde, S. 72 73. Alter der Kirche II: Luthers Volkstum und Volksbildung, VI. (Im Vorfeld der Kirche), S. 722.
337) Rosenstock, Lebensarbeit, S. 48; Werkstattkommandite, S. 617.
338) Rosenstock, Werkstattaussiedlung, S. 161
339) Rosenstock, Erwachsenenbildung, S. 110; Werkstattaussiedlung, S. 149
340) Rosenstock Werkstattaussiedlung S. 260.
341) Groh, Deutsches Arbeitsrecht, S. 77, 78.
342) Vgl. § 177 Reichsabgabenordnung.
343) Vgl. Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 400.
344) Vgl. Güthe-Schlegelberger, Kriegsbuch, V, S. 616. Kriegsamt (Rechtsabteilung), Amtliche Mitteilungen, 17. Nr. 4, S. 7.

4.

Vom Boden des geltenden Rechtes ist der Widerspruch fast unlöslich, daß die auf Grund des Gemeinwohls geleistete Mehrarbeit tatsächlich wie alle anderen in der Arbeitszeitverordnung zu Worte gekommenen Ausnahmen des Achtstundentages in die Rechtsform des Vertrages einbezogen ist, daß aber jede zum Vertrage an sich begriffsnotwendige Willenseinigung fehlt, und nicht einmal die Nachwirkung einer vorangegangenen freiwilligen Bindung vorliegt, wie etwa im Betriebsrätegesetz[345]), wo der Arbeitgeber durch die eigene ungerechtfertigte Kündigung die Pflicht zur Erneuerung des Arbeitsverhältnisses selbst auslöst.

Es ist nicht viel mehr als ein Provisorium, diese auffallende Abwandlung und Erweiterung des Arbeitsvertrages, wie sie bei der Mehrarbeitspflicht in Erscheinung tritt, mit Nipperdey[346]) als „korrigierten Vertrag" zu bezeichnen. Nipperdey faßt mit den Begriffen „diktierter" und „korrigierter Vertrag" die sich ständig mehrenden Fälle zusammen, in denen staatlicher Zugriff eine nicht vorhandene oder nicht so weitgehende Willenseinigung ersetzt, gleichzeitig aber als bestehend fingiert, dergestalt, daß nur die Verpflichtung, sich zu verpflichten, dem öffentlichen Recht angehört, während der Inhalt der Verpflichtung tatsächlich Vertragsrecht ist[347]) und es demnach unrichtig ist, wenn manche Gesetze lediglich von einer „entsprechenden Anwendung" bürgerlich-rechtlicher Vorschriften sprechen[348]). Damit hat Nipperdey trotz einer gewissen Ähnlichkeit seiner Konstruktion mit § 894 ZPO.[349]) allerdings juristisches Neuland betreten[350]), mit der sich übrigens die herrschende Terminologie, die die Mehrarbeitspflicht als „privatrechtliche Wirkung" der Arbeitszeitverordnung bezeichnet[351]), gut verträgt. Aber auch Nipperdey erreicht den erstrebten Anschluß an das geltende Recht schließlich nur durch dessen Verneinung und umschreibt im Grunde das Problem, ohne es durch Einordnung in einen größeren Zusammenhang wirklich zu lösen. Auch bei ihm stehen sich Staatsakt und Vertrag so frei und fremd gegenüber, daß letzten Endes die In-Beziehung-

345) § 84–90 BRG
346) Nipperdey, Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, 1920.
347) Nipperdey, Kontrahierungszwang S. 87, vgl. auch Jacobi, Arbeitsrecht, S 23.
348) Wie es z. B. eine Zivilenquartierungsordnung des Rates der Stadt Leipzig vom 8. 10 1919 beim Zwangsmietsvertrag tut. vgl Nipperdey, Kontrahierungszwang, S. 73
349) Nipperdey, Kontrahierungszwang, S 121.
350) Jacobi, Arbeitsrecht, S. 30.
351) JW. 1927, S 276 Entwurf eines Arbeitsschutzgesetzes, S. 67, Erdmann, VO. über d. Arbeitszeit, 1927, S. 51 Anm. 4

Setzung beider fast an die längst verlassenen Versuche[352]) erinnert, die Enteignung als Zwangskauf oder wohl gar die Hinrichtung als erzwungenen Selbstmord zu konstruieren.

5.

Die theoretische Begründung der Mehrarbeitspflicht in der Arbeitszeitverordnung ist nur möglich, wenn man sich bewußt ist, daß die Rechtswirklichkeit in eine neue Phase eingetreten ist, und den Versuch aufgibt, die neue Notwendigkeit noch mit dem stumpf gewordenen Rüstzeug der Vergangenheit zu bewältigen, sollen sich nicht die Phasen der Rechtstheorie da noch verschieben, wo die der Rechtswirklichkeit schon fast reinlich getrennt sind, die Rechtstheorie zur Rechtsmaske werden, unter der sich das neue Rechtsgut birgt[353]).

Diese neue Rechtsperiode ist veranlaßt durch die Erhöhung der Wirtschaft zu einem transpersonalen Selbstzweck[354]) und Eigenwert in einem Umfange, daß nicht mehr, wie es geschieht, die Wirtschaft beim Staat, sondern der Staat bei der Wirtschaft Vertretung suchen müßte[355]). Dieses Primat der Wirtschaft hat zu einem Primate wirtschaftlicher Vorstellungen gegenüber politisch und ethisch gefärbten auch dort geführt, wo früher eine wirtschaftliche Betrachtungsweise fernlag[356]). Mit energischem Imperativ hat diese Durchindustrialisierung des gesamten Rechtslebens aus allen Lebensverhältnissen eine feste Typizität herausgeschliffen. An Stelle der Freiheit zur Vertragsausgestaltung, die das BGB. noch in der Vertragsfreiheit mit einbegreift, bietet jetzt die Wirtschaft dem Handelnden nur eine Anzahl von unverrückbaren Formen dar. Der Rest der Vertragsfreiheit, der blieb, erschöpft sich in der Auswahl einer dieser Formen, aber was danach folgt, entscheidet in keinem Punkte mehr freier Wille[357]). So verläuft das Leben jeder Art nicht unter freien Verträgen, sondern unter Bedingungen, in Zeitbahnen, in denen es sich auswirkt und aufbraucht, in Geleisen, deren Spurweite durch Privatgeschäft nicht versetzbar ist[358]). Für die neue wirtschaftliche Rechtsauffassung können

352) Vgl. darüber Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 394
353) Rosenstock, Werkstattaussiedlung, S. 177
354) Rosenstock, Industrierecht, S 182, vgl. auch dort, S. 74.
355) Rosenstock, Industrierecht, S 60
356) Rosenstock, Neue Grundbegriffe des Privatrechts, Bl. 1.
357) Rosenstock, Industrierecht, S 173 Lebensarbeit, S 5.
358) Rosenstock, Industrierecht, S. 13, 92. Philosophische Grundlagen des Arbeitsrechts, S. 561

daher die überkommenen Rechtsformen nicht mehr maßgebend sein. So sehen rein wirtschaftlich und deshalb durchaus richtig die Kartellverordnung und die Stillegungsverordnung von einer Unterscheidung der ihnen unterworfenen Betriebe nach der rechtlichen Konstruktion[359]) ab. So darf die Arbeit des Kindes als Ersatz einer Betriebskraft rein wirtschaftlich, nicht mehr familienrechtlich ausgewertet werden[360]), und müßte wegen seiner wirtschaftlichen Gleichheit der bloße Konsumentenhaushalt auch da geschützt werden, wo zu seinem Zustandekommen das Standesamt nicht mitgewirkt hat[361]). Von der arbeitsrechtlichen Bedeutung des bloßen Beschäftigungsverhältnisses ist oben die Rede gewesen[362]).

Erstmalig hat Rosenstock den Grundriß eines solchen Rechtssystems als eines Systems von Kräften und Mächten abgesteckt und den Unternehmer als Macht gegenüber der Arbeitskraft, wiederum aber — ein Janus-Charakter von Kräften und Mächten — den Arbeitnehmer in seiner Eigenschaft des Sparers als Machtträger und umgekehrt den Unternehmer gegenüber der Kapitalsmacht der Zweigherrschaft als bloße Kraft ausgewiesen[363]). Zugleich stellte sich für Rosenstock heraus, daß keiner der herkömmlichen Begriffe sein neues Rechtssystem gedeckt hätte. Während das Handelsrecht sich bei tieferer Durchleuchtung als ein Pairsrecht des Handelsstandes, das Arbeitsrecht als Arbeiterrecht, also als bloße Antithese zum Handelsrecht herausstellte, spiegelte der Begriff des Wirtschaftsrechtes, sollte er mehr sein als bloße Methode für die Durchackerung der Rechtstatsachen überhaupt[364]), nur den Abglanz überlebter Sozialisierungsgelüste[365]) und der Begriff des Sozialrechts endlich stellt nur eine Durchkreuzung öffentlichen und privaten Rechtes ohne selbständigen Gehalt dar[366]). Deshalb hat Rosenstock sein Rechtssystem unter den neuen Begriff des „Industrierechts" gestellt.

In ein solches rein wirtschaftsförmiges Industrierecht fügt sich aber vollends der politisch und ethisch gefärbte Gemeinwohlbegriff nicht mehr ein. Er muß ersetzt werden durch den

359) Rosenstock, Grundbegriffe des Privatrechts, Bl. 10.
360) Rosenstock; Industrierecht, S 44.
361) Ebenda, S 42
362) Vgl. oben S. 9.
363) Rosenstock, Industrierecht, S. 13, 95 und 172.
364) Rosenstock Philosophische Grundlagen, S 560.
365) Rosenstock, Industrierecht, S. 10, 11
366) Vgl. gegen Hedemann: Einführung in die Rechtswissenschaft vor allem Nipperdey, Kontrahierungszwang, S. 29. Jacobi, Arbeitsrecht, S. V; Kaskel in DJZ. 23. Jahrg. S 542.

Begriff der Gesamtwirtschaft[367]), wie er sich noch neben dem Gemeinwohl in der Kartellverordnung[368]) findet und gleichdeutig ist mit dem Worte „Deutsche Volkswirtschaft", das z. B. in § 2 des Reichsbahngesetzes und in einem von Rosenstock[369]) erwähnten Vorschlag der Arbeitgeberverbände vom April 1929 für eine neue Schlichtungsverordnung Platz gefunden hat.

Nur von diesem Gesichtspunkte der Gesamtwirtschaft oder deutschen Volkswirtschaft aus läßt sich die Mehrarbeitspflicht der Arbeitszeitverordnung allein begründen und auch rechtfertigen. Ähnlich wie die Verordnung betreffend Maßnahmen gegenüber Betriebsabbrüchen und Stillegungen das Bestreiken lebenswichtiger Betriebe verbietet, so folgt hier das Gebot der Mehrarbeitspflicht aus dem Bedürfnis positiven Funktionierens der Gesamtwirtschaft[370]). Diente der Begriff des Gemeinwohls, wie dargetan, vorzugsweise dazu, schädliche Handlungen negativ zu verhindern, ordneten sich von ihm aus vorzugsweise die Rechte, nicht die Pflichten, so erlaubt der Begriff der Gesamtwirtschaft die Funktion der einzelnen Privatperson individuell zu erfassen[371]) und ihre Kraft positiv zu gestalten.

367) Rosenstock, Neue Grundbegriffe, Bl. 2.
368) §§ 4. 7. 9, 10 a a. O
369) Rosenstock, Grundbegriffe des Privatrechts, Bl. 8, vgl. auch Industrierecht, S. 63.
370) Rosenstock, Neue Grundbegriffe, Bl. 18.
371) Ebenda, Bl. 8 und Bl. 6

V.

Zwang, Opfer oder Pflicht?

Die Mehrarbeitspflicht der Arbeitszeitverordnung hat Widersacher in allen Lagern laut werden lassen[372]). Selbst Nutznießer dieser, lediglich den abhängigen Arbeiter treffenden Verpflichtung sehen in ihr nur den Teil eines Systems, das auch sie selbst in Fesseln schlagen könnte, und rufen die Gegenspieler zu Streitgenossen auf[373]).

1.

Tatsächlich wäre die Umwandlung des Arbeitsschutzgesetzes in ein Arbeitszwangsgesetz, wie Potthoff es nennt[374]), menschlich zu verdammen und selbst wirtschaftlich unfruchtbar. Arbeitsunlust und die notwendige Scheu, unwilligen Massen kostbare Maschinen und Instrumente in die Hand zu geben, ließe gerade noch primitive Sträflingsarbeit zu[375]). Selbst diese zu erzwingen wäre jedoch das Recht ohnmächtig, eignet ihm doch nach Radbruchs scharfer Formulierung[376]) der Zwang nicht anders, als wie es an der Wirtstafel Weinzwang gibt oder ein Kaufmann die Besichtigung ohne Kaufzwang gestattet, d. h. es muß Zwang auf die Geister üben, da ihm die Körper nicht unterworfen sind, ist also stets vis compulsiva, nicht absoluta[377]).

Aber das Gesetz versagt in früher Anerkennung der Menschenwürde des Lohnarbeiters[378]) auch diese Hilfe zur Erzwingung der Arbeit ausdrücklich[379]), und jeder Schadensersatzanspruch verpufft an der Mittellosigkeit und Unpfändbarkeit[380]).

372) Vgl insbesondere Potthoff, Arbeitsrecht, 1927, Sp. 325.
373) Vgl. Calwer, Gebundene Planwirtschaft, S. 77 und 84 Darmstädter, Wirtschaftsrecht, S 146. Gothein, Planwirtschaft, S. 17.
374) Potthoff, Arbeitszeitverordnung, S. 15.
375) Vgl. dazu die Ausführungen im Heidelberger Programm, S. 8,
376) Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 176.
377) Vgl. dazu Frank, Strafgesetzbuch, S. 144 zu § 52 StGB
378) Vgl. Schott, Der Mensch und die Arbeit, S. 12.
379) § 888 ZPO.
380) Grünberg, in Rosenstocks Werkstattaussiedlung. S. 184.

Gewiß hat keiner der Verfasser und Ausleger der Arbeitszeitverordnung solchen Zwang gewollt. Eine andere Frage ist aber, ob die Mehrarbeitspflicht nicht dennoch als solcher empfunden wird, und tatsächlich muß eine jede Betrachtung zu dieser Feststellung gelangen, sobald sie von dem überlebten Gemeinwohlbegriff ausgeht.

2.

Für den Gemeinwohlbegriff, von dem aus, um Rosenstocks Prägung noch einmal zu wiederholen[381]), die einzelne Tätigkeit tief unterhalb der staatlichen Autorität verläuft, ist der unüberbrückbare Gegensatz zwischen Gemein- und Sonderwohl, öffentlichem und Sonderinteresse kennzeichnend[382]). Mit Recht stellt deshalb mit voller Schärfe § 11 der Kartellverordnung die widerstreitenden wirtschaftlichen Belange und § 17 des Reichsmietengesetzes vom 20. 2. 1928 die gemeinsamen Interessen der Vertragsteile dem Gemeininteresse gegenüber.

Dieser Gegensatz ist oft und für den Begriff des Gemeinwohls stets zu Unrecht geleugnet und ihm optimistisch eine Interessenharmonie des Ganzen mit dem Einzelnen gegenübergestellt worden[383]), und zwar entweder schon als Tatsache, wie z. B. bei Locke und Bentham, nach denen „the well englihtened interest" das Invididuum auch zum Einkalkulieren des Gemeininteresses führe, oder aber als Forderung für eine Gesellschaftsordnung, in der jeder mit den eigenen zwangsläufig auch die Interessen der anderen verfolgen müsse[384]). So warnt Lorenz von Stein in seiner Verwaltungslehre vor dem Versuche, das Gemeinwohl durch Aushöhlung des Einzelrechtes zu verwirklichen[385]), so glaubt Rousseau an eine Identität und Homogenität selbst des Interesses von Richter und Partei im Prozeß[386]), und ähnlich verficht Ihering im „Zweck im Recht" die Solidarität von Gesellschafts- und Individualinteresse[387]). Vor allem haben stets die Marxisten den Begriff des Gemeinwohls als nicht in ihr Ge-

381) Rosenstock, Neue Grundbegriffe, Bl. 4.
382) Neumann, Öffentliches Interesse, S. 391, Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung usf. S. 274 Layer, Enteignungsrecht, S. 209. Nipperdey, Kontrahierungszwang, S. 33; Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht, S. 26
383) So z. B. von Leutho'd, Öffentliches Interesse, S. 331.
384) Vgl. bezüglich der Nachweise, Sombart, Proletarischer Sozialismus, II, S. 349.
385) Stein, Verwaltungslehre VII. S. 71.
386) Rousseau Contrat social. Livre deuxième Chapitre 1, 7. (letzter) Abschnitt, S. 35.
387) Daselbst, S. 560

dankengefüge passend abgelehnt, vielmehr als bloße Schöpfung des Individuums zu entlarven versucht[388]). Lassalle ruft den Arbeitern zu: „Sie sind in der glücklichen Lage, daß dasjenige, was Ihr wahres persönliches Interesse bildet, zusammenfällt mit dem zuckenden Herzschlag der Geschichte“[389]). Bebel schreibt: „Befriedigung des persönlichen Egoismus und Förderung des Gemeinwohls stehen miteinander im Zusammenhang und (!) decken sich“[390]). Vom Standpunkte des Gemeinwohls aus ist das gewiß nicht richtig. Einmal ist nicht stets, um mit des Dichters Wedekind sarkastischem Ausdrucke zu reden: Moral das beste Geschäft, und es ist schon eine Negierung dieser Interessenharmonie, wenn man sie, wie Ihering tut, auf ein statistisch ermitteltes Durchschnittsinteresse bezieht[391]). Wollte man aber selbst eine solche Interessenharmonie zugestehen, so bliebe doch die Tatsache unabweisbar, daß nicht jeder zur Wahrung „der Bedingungen seines Seins“ gemeinnützig handelt[392]), und es heißt nichts anderes, als sich an dem Begriffe des wahrhaft eigennützigen Menschen zu orientieren[393]), wenn man deshalb fordert, der Übelwollende sei durch das Gesetz als einer Verschwörung der Weitsichtigen gegen die Kurzsichtigen[394]) zur Einsicht des eigenen Interesses zu bringen. Heute bedarf aber die Konstruktion dieses homo oeconomicus Adam Smiths keine Widerlegung mehr[395]), der, blutsverwandt mit dem reinen Vernunftwesen der Staatsvertragstheorie stets sein wahres Interesse kennt und danach handelt, für den alles das, wie der Dichter Morgenstern es scherzhaft ausdrückt, „nicht sein kann, was nicht sein darf“ oder — positiv gewendet — das als gewollt fingiert wird, „was vernünftigerweise nicht nicht gewollt werden kann“[396]).

Aus dieser Gegensätzlichkeit von Sonder- und Gemeinwohl folgt, daß alles Handeln um des Gemeinwohls willen Opfer darstellen muß. Ja, Gemeinwohl und Opferauferlegung sind so eng miteinander verknüpft, daß man gerade das für Gemeinwohl er-

388) Vgl. bezüglich der Nachweise, Sombart. Proletarischer Sozialismus, Bd. 1, S. 152 und S. 96
389) Bezüglich der Nachweise vgl. Sombart, Proletarischer Sozialismus, 2, S. 203.
390) Bebel. Die Frau und der Sozialismus
391) Jhering, a. a. O. und ebenso Leuthold. Öffentliches Interesse, S. 331 ff
392) Leuthold. Öffentliches Interesse, S. 331.
393) Leuthold, ebenda.
394) Papinian, L I de lege (1, 3).
395) Rosenstock, Werkstattaussiedlung, S. 225.
396) Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 115

klärt, was O p f e r auferlegung gestattet[397]), auch die Steuer gerade als Opfer aus der organischen Verbundenheit mit dem Gemeinwohl herleitet[398]), gerade d i e Tatsache, daß etwas Opfer kostet, Prüfstein für das Auftreten wirklichen Gemeinwillens ist[399]). Ein Appell an den Opfermut des Arbeiterstandes aber, ausgesprochen in der Arbeitszeitverordnung, ginge gewiß vollkommen fehl. Opfer fordert Begeisterung und diese wird nicht durch Rechtsformeln geweckt[400]), um so mehr, als Befehler und Hörer kein einheitliches Instrument mehr sind[401]), seitdem die Größe des Staates seine Mitglieder individualisiert und atomisiert hat[402]). Die vielgenannte Bremer Steuerkiste, in die ein jeder unkontrolliert seine Schuldigkeit hineintat[403]), war eben nur möglich im engsten Bereiche. Weiter würde der stark nationale Zug des Gemeinwohlbegriffes seit dem Kränkeln des Nationsgedankens[404]) und dem internationalen Einschlag der Arbeiterschaft keinen Widerhall mehr finden. Endlich müßte der Appell an die Besitzlosen verhallen in einer Wirtschaftsordnung, die selbst der Staatsräson gegenüber gleichgültig ist[405]).

Das Gesetz, das danach aus dem Gemeinwohlbegriffe heraus scheitern müßte, vermag aber auch gegenüber der Lebenswirklichkeit durch den Gedanken der Gesamtwirtschaft zu bestehen.

Auf dem Gebiete der wirtschaftlich tätigen Gesamtheit erscheint anders als im politischen Widerstreit der Gegensatz von Einheit und Mehrheit als „ungenießbar aufgebauscht"[406]). Der einzelne ist innerhalb der Gesamtwirtschaft nur rechnerisch einzeln, die Mehrzahl nur scheinbar Mehrheit. Die nüchterne Betrachtung des Lebens, die gerade dem Arbeitenden selbst eignet, ist es sich bewußt, daß das Leiden des einen Gliedes auch das des anderen bedeutet und sie kennt den rächenden Charakter jeden Übels und Mißstandes[407]). Hier liegt zwischen dem sich

397) Anschütz, Der Ersatzanspruch, S. 6. Neumann, Das öffentliche Interesse. S. 357 ff Spranger: Wohlfahrtsethik und Opferethik in den Weltentscheidungen der Gegenwart, Festrede zur Reichsgründungsfeier der Universität, Berlin 1930, Nachr. d. Berliner Tageblatts v. 19. 1. 30

398) Vgl. Eheberg, Finanzwissenschaft, S. 57

399) Rosenstock, Soziologie, S. 76.

400) Rosenstock, Ungeschriebene Verfassung, S. 5.

401) Rosenstock, Soziologie, S 83.

402) Sombart, „Idee u. Interesse als gesellschaftsbildende Kräfte", Züricher Vortrag, vgl. Bericht der Voss. Ztg vom 16. 11. 1929.

403) Ehrenberg, Freiheit und Zwang, S. 4.

404) Rosenstock, Alter der Kirche II, Welt vor dem Blick der Kirche, II (Staat und Gesellschaft) S. 770.

405) Rosenstock. Lebensarbeit, S 40

406) Rosenstock, Soziologie, S 222.

407) Rosenstock, Werkstattaussiedlung, S. 262.

opfernden Heros und dem klugen Tier Ricardos und Adam Smiths die Wirklichkeit[408]), der Mensch, der nichts will, als geliebt haben und geliebt worden sein[409]), und weiß, daß die Arbeit die einzige Münze ist, die für den Einkauf in die Menschheit mit ihren tausendfältigen Einrichtungen Kurs hat[410]). Von dem Begriffe der Gesamtwirtschaft aus fordert die Mehrarbeitspflicht kein heroisches Opfer, sondern ein stilles Eingehen in die Pflichten des Tages, die Notwendigkeit des Augenblickes[411]). Dieses kann aber um so leichter ertragen werden, als der Ausspruch der Behörde, der den Arbeiter zur Mehrarbeit nötigt, nur vorübergehend ist[412]), noch vergänglicher und flüchtiger sogar als das Gesetz selbst, das wieder sterblicher als der Mensch nur einen Bruchteil seines Lebens erfaßt und so das Leben selbst den ihm eingeborenen Gesetzen überläßt.

408) Ebenda, S. 225.
409) Vgl. die bei Rosenstock in Werkstattechnik, S. 77 angeführten Worte eines Drehers.
410) Hellpach, Geschichte der Arbeit, S. 24.
411) Rosenstock, Industrievolk, S 30.
412) Rosenstock, Neue Grundbegriffe des Privatrechts, Bl. 10.

Lebenslauf.

Am 7. Dezember 1906 wurde ich zu Beuthen OS. als Sohn des Landgerichtsrats Dr. Schur und seiner Ehefrau Martha geb. Güntzel geboren. Von 1916 an besuchte ich das humanistische Gymnasium Augustum zu Görlitz, wohin mein Vater versetzt worden war. Dort legte ich Ostern 1925 das Abiturium unter Befreiung von der mündlichen Prüfung ab. Ich studierte an den Universitäten München, Berlin, Heidelberg und Breslau die Rechts- und Staatswissenschaften. Am 24. und 25. April 1929 legte ich am Oberlandesgericht Breslau das Referendarexamen mit der Note „Gut" für das Zivil- und Strafrecht und der Note „Voll befriedigend" für das öffentliche Recht und die Wirtschaftswissenschaften ab. Am 13. Mai 1929 bestand ich das mündliche Doktorexamen an der juristischen Fakultät zu Breslau. Zur Zeit bin ich dem Amtsgericht Breslau zur Ausbildung als Referendar überwiesen.